

De la Transformation de la Procédure sous l'Influence de la Jurisprudence et de la Pratique

Thèse pour le Doctorat en droit

présentée et soutenue le 9 décembre 1936, à 14 heures.

PAR

BERTRAND BOCCON-GIBOD

Licencié ès-Lettres

JURY :

<i>Président :</i>	M. MOREL, professeur.
<i>Suffragants</i> {	M. SOLUS, professeur.
	M. ESMEIN, professeur.

PARIS

EDITIONS A. PEDONE

LIBRAIRIE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS
13, Rue Soufflot (V^e)

1936



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**DE LA TRANSFORMATION DE LA PROCEDURE
SOUS L'INFLUENCE DE LA JURISPRUDENCE
ET DE LA PRATIQUE**

UNIVERSITE DE PARIS. - FACULTE DE DROIT

De la Transformation de la Procédure sous l'Influence de la Jurisprudence et de la Pratique

Thèse pour le Doctorat en droit

présentée et soutenue le 9 décembre 1936, à 14 heures.

PAR

BERTRAND BOCCON-GIBOD

Licencié ès-Lettres

JURY :

<i>Président :</i>	M. MOREL, professeur.
<i>Suffragants</i> }	M. SOLUS, professeur.
	M. ESMEIN, professeur.

PARIS

EDITIONS A. PEDONE

LIBRAIRIE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, Rue Soufflot (V^e)

1936

*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses:
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.*



INTRODUCTION

La sagesse des nations prétend que la manière de donner vaut mieux que ce que l'on donne, et il est bien vrai qu'il est quelquefois préférable de ne rien faire que de le faire de mauvaise grâce, et que la façon de manifester un sentiment l'emporte sur sa qualité même. Il est, de plus, vrai qu'il est nécessaire de choisir le moment qui convient à une demande, et que tous ne sont pas favorables, que le succès a souvent à son origine une habile préparation. Napoléon disait avoir gagné ses batailles avec les souliers de ses soldats : c'est que ses manœuvres préparaient la lutte décisive, et lui donnaient un maximum de chances. De même la diplomatie est l'art de préparer des négociations et enfin d'aboutir à leur réussite.

D'ailleurs chacun, cherchant à atteindre un but, se demande par quels moyens il pourra y arriver, et sans le savoir, comme M. Jourdain faisait de la prose, nous faisons de la procédure.

C'est en droit, l'art de dégager, d'une situation donnée, le problème juridique qui s'y trouve, d'employer les moyens nécessaires pour lui donner une solution, de mettre en œuvre la décision rendue.

C'est donc bien une partie essentielle du droit qui, sans elle, serait condamnée à n'être qu'un ensemble de règles que chacun serait libre d'appliquer sans qu'il puisse y être contraint. Il faut bien cependant reconnaître que la procédure est la « pa-

rente pauvre » de cette grande famille qu'est le Droit ; les questions de procédure paraissent négligeables, certainement pour la grande masse des citoyens, et encore pour beaucoup de ceux qui approchent des professions juridiques ou judiciaires, ou même quelquefois leur appartiennent.

S'il est vrai que la procédure ne peut prétendre attirer un grand nombre de personnes, enthousiastes à son endroit — comme peuvent le faire des branches plus apparemment séduisantes du Droit — il n'en reste pas moins que son étude est indispensable pour quiconque veut se servir de ce droit, et être à même de l'utiliser sans commettre d'impairs. Il faut d'ailleurs se rappeler que, en dehors des réglementations de pure forme, nécessaires en procédure, mais qui ne sont pas toute la procédure, il s'y trouve des théories et des problèmes juridiques complexes, dont l'étude permet de jeter un jour nouveau sur les questions qui peuvent être réputées appartenir au droit.

Comme l'ensemble du droit, la procédure n'est pas restée indifférente aux transformations politiques et sociales. Un exemple complet nous en est aisément fourni par le droit romain que nous pouvons voir vivre dans le cadre d'une civilisation qui naît, qui vit, qui tombe en décadence. La procédure de l'époque patriarcale et royale n'a plus suffi à la République, et la Rome impériale qui étendait sa protection à l'ensemble du monde connu ne pouvait plus se contenter des règles qui gouvernaient la mise en œuvre d'un droit s'appliquant à un champ plus restreint.

C'est que le temps marque son empreinte sur la procédure, qui représente la vie quotidienne du droit. Comme chaque génération connaît une vie, des habitudes, des besoins, des faits différents de ceux de la génération qui l'a précédée, il faut lui trouver les moyens juridiques nécessaires pour satisfaire ses exigences. Si, pendant un assez long laps de temps, il ne se pro-

duit pas de modifications sensibles dans la vie quotidienne, il sera enregistré peu de changements dans la procédure : si, au contraire, les changements se précipitent, on pourra constater qu'il a fallu trouver, en peu de temps, un plus grand nombre de procédés techniques destinés à permettre l'adaptation, aux nouvelles conditions, des règles de droit existantes.

C'est, comme le constatait M. Esmein ⁽¹⁾, une loi humaine qui veut que les efforts, même dispersés, des hommes d'une même race, d'un même moment, produisent des résultats concordants et homogènes.

Cette transformation, cette évolution commune est sensible, par exemple dans le domaine littéraire, où l'on voit les écoles se créer au moment où elles répondent à des sentiments du groupe social qui les anime, pour disparaître quand font défaut leurs assises, qui sont des enthousiasmes communs. C'est donc à juste titre que le droit n'a pu échapper à cette règle commune, et qu'il a subi des changements profonds suivant les moments et les lieux de sa création et de son application — le droit n'est pas un produit arbitraire ⁽²⁾, ce n'est pas un ensemble de règles imaginées à priori, par principe, mais ce sont des règles qui doivent s'appliquer aux rapports entre êtres vivants, c'est-à-dire évoluant, et créés par des êtres qui participent à cette vie sociale soumise à ces lois.

L'exemple nous en sera encore fourni par le droit romain ; le préteur, dans l'organisation judiciaire, jouissait du privilège de représenter la Justice, il lui incombait la mission de faire en sorte que le droit qu'il devait faire respecter fût en harmonie avec le temps où ce droit devait être appliqué.

Ce procédé s'est révélé tellement souple et heureux qu'il a

(1) La doctrine et la jurisprudence par A. Esmein, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902.

(2) L'évolution du droit et la conscience sociale, Tanon, Paris 1900.

continué de fonctionner pendant plusieurs siècles, mais la mission du prêteur ne pouvait être de « dire le droit » en soi, puisque justement il modifiait ou complétait les règles précédemment établies ; cela peut montrer que les règles juridiques doivent être appliquées suivant l'état du peuple, le degré de civilisation, les besoins de l'époque⁽³⁾. Il ne faut pas cependant que ces principes soient changés, aveuglément, suivant l'inspiration du principe du moindre effort ou de la moindre contrainte ; il faut au contraire que les normes établies le soient assez fortement pour pouvoir résister à une poussée que ne justifierait pas l'intérêt bien compris de la Société.

Cette variation du droit, vraie dans l'histoire d'un peuple, l'est aussi quand on considère les différences des systèmes juridiques, à un moment donné, dans différents pays où vivent différentes civilisations.

Mais pour nous attacher plus particulièrement au sujet de cette étude, il est curieux de noter que, même quand un pays adopte le système juridique d'un autre, il ne lui empruntera que bien rarement sa procédure : c'est un des traits marquants d'un pays que cette partie du droit. Si notre droit français est dans une large mesure fondé sur le droit romain, et ses principes, notre système de procédure n'a rien emprunté au sien : c'est le fruit d'une création obscure et lente, et ce serait un bouleversement inutile, et une confusion extrême, si on voulait le remplacer par des conceptions établies à priori.

Cependant chacun peut remarquer que les codes durent plus longtemps que les habitudes courantes de la vie sociale. C'est que, comme le fait remarquer Royer-Collard « un mouvement » non interrompu renouvelle sans cesse ce qui nous environne. « Les générations qui se suivent sont loin de se ressembler, leurs

(3) Ihéring, *L'évolution du droit*.

« habitudes et leurs besoins changent nécessairement comme
« elles, mais au milieu de ces variations continuelles, se trouve
« une institution que la nature met plus à l'abri que toute au-
« tre des révolutions auxquelles tout est assujetti : c'est le sys-
« tème judiciaire. Les corps chargés d'administrer la justice
« ont toujours eu besoin d'avoir quelque chose d'immuable
« comme la justice elle-même. »

Il y a en effet dans le droit des principes immuables pour une civilisation donnée : ce sont par exemple : la propriété, la famille, la liberté. Pour la procédure, c'est la faculté, qui ne peut être interdite à personne, de se défendre — la règle suivant laquelle la charge de la preuve incombe à celui qui affirme — celle qui interdit au demandeur ce qui l'est au défendeur.

De toutes les parties du droit, c'est la procédure qui paraît la plus figée, la moins susceptible d'évolution, qui est la plus communément décriée. Un procédurier est, pour beaucoup, un être dénué de scrupules, ne reculant devant aucune manœuvre pour gagner du temps par des mesures dilatoires ou pour faire triompher une mauvaise cause. On se complait à montrer des « robins » vivant des actes de procédure, et ne pensant qu'à les accumuler, sans aucun profit pour le plaideur, avec un gain considérable pour eux ; mais on oublie de dire que la procédure est à la fois la langue du droit, puisque c'est elle qui permet son exposé devant les tribunaux, et son poing puisque c'est elle qui le fait respecter ; sans elle, disait Boncenne, la loi civile serait lettre morte.

Car si c'est un besoin pour les hommes de vivre en société, c'est une nécessité pour les sociétés que de fonder des lois pour régler les rapports entre les hommes. Il faut pouvoir réclamer la justice, et se faire reconnaître son droit.

Royer-Collard disait encore : « La procédure est un des points
« qui méritent le plus l'attention du législateur ; la justice est

« le premier besoin des justiciables, elle leur est dûe prompte, « sûre, et peu coûteuse. Les formalités devront donc toujours « être conçues de manière à faire le plus de bien possible en « causant le moins de mal possible. »

Un des grands griefs qui sont en effet adressés à la procédure est sa lenteur, et l'on répète volontiers qu'un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès. Mais un sage juriste disait, il y longtemps déjà, « à brief juge, folle sentence » ⁽⁴⁾ montrant par là qu'il était nécessaire à la garantie des droits de chacun que les procès soient bien instruits pour être bien jugés. Plus tard Montesquieu disait ⁽⁵⁾ « si vous examinez les formalités de la justice par rapport à la peine qu'a un citoyen à « se faire rendre son bien, vous en trouverez sans doute trop, « si vous les regardez dans le rapport qu'elles ont avec la liberté et la sûreté des citoyens, vous en trouverez souvent peu, « et vous verrez que les peines, les dépenses, les longueurs, « les dangers même de la justice, sont le prix que chaque citoyen donne pour sa liberté », et on peut ajouter avec lui pour sa sûreté, la sienne propre et celle de son patrimoine. D'autre part Montesquieu ajoutait « il ne faut pas donner à « l'une des parties le bien de l'autre sans examen, ni les ruiner « toutes les deux à force d'examen ».

Plus tard Boncenne écrira (théorie de la procédure civile 1828) « si la faveur d'une demande légitime réclame simplicité et célérité en soi dans les formes, celui que l'on poursuit « ou que l'on accuse injustement, peut-être, doit y trouver « protection et sécurité ».

Nous connaissons d'ailleurs mal l'origine de ce qui est devenu la procédure française; car si la procédure romaine nous est connue, nous ignorons, ou presque, la procédure gauloise

(4) Loysel. Institutions coutumières.

(5) Esprit des lois. Livre VI, chapitre 2.

et franque. C'est de la procédure féodale, de la renaissance du droit romain, et de l'influence du droit canon, grâce à l'établissement des Papes en Avignon, qu'est née notre procédure ⁽⁶⁾. Le premier monument de notre matière fut rédigé sous le règne de Louis XIV en 1667, mais son œuvre avait été préparée de longue date. Il faut remonter aux ordonnances de Saint Louis (1260), qui avaient eu surtout le rôle négatif de ruiner la justice féodale, au *Stilus Parlamenti* de Dubreuil, véritable traité de procédure paru au milieu du XIV^{ème} siècle, et surtout à la *Pratique Judiciaire* d'Imbert. D'autre part les antiques garanties de la justice française : publicité des audiences, caractère oral des débats, avaient été affirmées dans les ordonnances de 1463 (art. 10), due à Charles VII, et de 1560, signée à Fontainebleau par Charles IX.

L'ordonnance de 1667, œuvre hardie et assez rapidement peu respectée, ne constituait pas cependant un véritable code de procédure civile : elle ne réglait ni les poursuites de saisie-immobilière, ni les distributions par voie d'ordre ou de contribution, au sujet desquelles les procédures variaient suivant les provinces ; causant ainsi un trouble considérable. Le besoin se fit d'ailleurs sentir de la compléter par plusieurs ordonnances qui vinrent régler des matières particulières.

Cependant la procédure devant les tribunaux et les parlements a fait naître les plus vives critiques en raison de la complication apportée par les abus de chacun, et par la multitude des juridictions. Il avait pu se produire, comme cela est rapporté dans l'ancienne gazette des tribunaux, dit Boncenne, que deux arrêts, l'un du parlement de Dijon, l'autre du parlement de Paris ⁽⁷⁾ aient du annuler des procédures dans lesquelles « les mêmes individus avaient assigné comme huissier, occupé

(6) Glasson. *Les sources de la procédure civile française*. Paris 1882.

(7) 9 Août 1787.

« comme procureur, prononcé comme juges, puis reprenant
« leur premier rôle signifié, et mis à exécution leur sentence. »

Une autre anecdote peut montrer à quel point il pouvait y avoir un laisser aller : en principe le « rôle » se compose de deux pages d'écritures, chaque page de 25 lignes, chaque ligne de 12 syllabes ; on raconte qu'un procureur s'était avisé de faire une ligne avec les trois petits mots « il y a » ; heureusement un juge trouva bon de finir la ligne par ces mots « dix écus d'amende pour le procureur ».

Cependant une procédure mal appliquée vaut encore mieux que pas de procédure du tout : c'est ce dont la révolution put faire l'expérience pendant la période où les procureurs furent supprimés et où aucun organisme officieux ne put suppléer à leur absence.

C'est alors que les principes les plus certains furent violés, que l'ignorance aborda sans vergogne la barre des tribunaux, et que, la taxe des frais ne les retenant plus, les agents d'affaires purent laisser un libre cours à leur cupidité.

Le besoin se faisait sen ir d'une codification de la procédure civile ; malheureusement ses rédacteurs estimèrent que les matières de la procédure ne demandaient que des dispositions de détails. Dans leurs délibérations, les discussions n'ont porté que sur des dispositions particulières « et ne se sont jamais élevées à de grandes conceptions » (8).

Le but des rédacteurs est connu par l'exposé des motifs qui a été fait devant le corps législatif par le conseil d'Etat.

Ils ont voulu écarter « les vaines subtilités qui avaient introduit à Rome une formule pour chaque action, et qui attachaient quelquefois en France, à l'omission d'un seul mot « la nullité absolue d'une prétention avouée par la Loi ».

(8) Locré. Esprit du code de procédure civile.

Ils ont voulu protéger le code civil contre les efforts artificieux de l'intérêt et de la mauvaise foi.

« Un règlement, disent-ils, est nécessaire pour les plaideurs
« qui s'égèreraient facilement dans des routes obscures et in-
« connues, pour les magistrats qui, devant justice à tous, avec
« le même zèle et la même impartialité ne peuvent ni retarder, ni accélérer la marche d'une affaire, au gré de leurs passions ou de leurs caprices ; pour l'ordre public, toujours
« blessé, lorsque l'absence ou l'inobservation des règles peut faire supposer l'arbitraire ou la faveur. »

Ils expliquent ensuite qu'ils n'ont pas trop voulu réformer, ce qui leur a paru dangereux, mais s'ils ont simplifié les formes, ils ont voulu éviter de les détruire. Si les différends sont simples, et d'une solution facile dans une société où la population est faible, et les relations peu multipliées, le rapporteur fait remarquer que c'est le contraire dans une société nombreuse et active et qu'il faut alors éviter l'arbitraire dans l'instruction des procès pour qu'il en soit de même dans les jugements.

Il attire l'attention du Corps Législatif sur le fait que le code a unifié la procédure dans toute la France. C'est un grand progrès sur la législation ancienne dans laquelle, pour de nombreuses matières, les règles différaient suivant les provinces. Il avait cependant été vivement question au moment de la discussion des articles sur le référé — dont nul ne prévoyait à ce moment le prodigieux essor — de ne rendre cette procédure applicable qu'aux villes d'une certaine population : le goût de l'unité fit disparaître cette proposition.

Un autre point qui attire des remarques du rapporteur, c'est que le Code est « complet ». Autrefois les règles étaient disséminées dans l'ordonnance de 1667, dans une multitude d'autres lois et règlements postérieurs qui n'avaient pas prévu, naturellement, tous les cas, et avaient — dit-il — laissé une porte ou-

verte aux usages particuliers et par conséquent à beaucoup d'abus.

« Grâce à la loi qui nous est présentée, nous aurons pour tout
« et dans toutes les circonstances une règle fixe et une instruc-
« tion uniforme, les auteurs du code ont fait le tour de toutes
« les procédures et ont écarté tout ce qui était mauvais ou
« seulement inutile, et nous avons conservé religieusement tout
« ce qui était essentiel. »

En fin de son exposé, le rapporteur s'élève contre l'opinion de ceux qui voudraient supprimer toute procédure, et parlant de la profession de tous ceux qui, connaissant cet art, savent l'utiliser au mieux de l'intérêt de leurs concitoyens, il dit : « Si l'on
« en croyait certaines personnes, on supprimerait toutes espè-
« ces de procédure, comme si la décision des magistrats pou-
« vait n'être précédée d'aucune instruction on réduirait arbi-
« trairement tous les droits, comme s'il pouvait exister dans
« l'Etat une classe d'hommes, qui, seule, donnerait gratuite-
« ment à ses concitoyens, ses soins, ses peines, le fruit de son
« travail, et de son expérience. »

Les souvenirs de la période révolutionnaire étaient encore présents à toutes les mémoires.

Si les auteurs du code de procédure civile n'ont pas accompli une œuvre comparable à celle des auteurs du code civil, il est inexact de prétendre qu'ils ont servilement copié l'ordonnance de 1667, ou qu'ils se sont bornés à réunir des textes épars. C'est cependant le point de départ de chaque article de journal partant en guerre contre l'organisation judiciaire française : « nous
« avons un code qui remonte à Louis XIV, et cela à l'âge
« du progrès » ; on oublie de mentionner les efforts accomplis depuis.

Les auteurs du code de procédure civile ont ajouté de nombreux éléments à notre vieille ordonnance, en puisant, il est

vrai, pour la plus grande part dans le droit intermédiaire. Ils y ont fait entrer l'organisation des justices de paix — sur lesquelles tant d'espoirs avaient été fondés et qui n'ont pu se réaliser faute d'avoir, à ce moment, les hommes compétents désirables pour occuper ces fonctions souvent délicates, le principe de la conciliation obligatoire dont l'idée semble bien revenir à Voltaire, les articles sur l'arbitrage, l'obligation de motiver les jugements, la réduction des degrés de juridiction (une des plaies de l'organisation ancienne) l'abréviation des délais d'appel, la suppression des « appointements », le principe de la libre conviction du juge en matière d'enquête, la simplification des tribunaux.

Depuis la promulgation du code de procédure de nombreuses lois sont venues le compléter, parmi lesquelles il faut citer celles du 11 avril et 25 mai 1838 sur l'extension de la compétence des juges de paix, du 2 juin 1841, simplifiant la procédure des poursuites de saisies immobilières, du 21 mai 1858 sur la distribution par voie d'ordre, du 3 mai 1862 sur l'abréviation des délais, du 2 juillet 1905 sur les justices de paix et du décret loi du 31 octobre 1935 pour la simplification et l'abréviation de la procédure civile.

Mais on fait justement remarquer que la loi la meilleure et la mieux rédigée est impuissante si elle n'est pas observée, et la responsabilité de sa violation est rejetée sur ceux qui sont à même de faire appliquer ou de faire respecter les textes, c'est-à-dire les magistrats et les hommes de loi. Souvent les critiques adressées aux lois, ne devraient l'être qu'à ceux qui sont chargés de les exécuter ; c'est alors que se pose la question de la valeur de l'influence de la pratique et de la jurisprudence sur les lois. Henri IV disait : « Mes amis, la barbarie et la confusion de la jurisprudence, voilà l'ennemi » ⁽⁹⁾. Il est vrai que

(9) Boncenne.

cela pouvait se concevoir en une époque où les juridictions chevauchaient les unes sur les autres et où la procédure n'était pas encore codifiée. De plus, Henri IV n'a pas laissé une réputation particulière de juriste, et il vaut mieux, à ce sujet, prendre l'avis des rédacteurs du code civil, MM. Portalis, Tronchet, Bigot-Preameneu et Maleville ⁽¹⁰⁾, qui nous disent dans le discours préliminaire du projet :

« Nous nous sommes préservés de la dangereuse ambition
 « de vouloir tout régler et tout prévoir les besoins de la so-
 « ciété sont si variés, la communication des hommes est si acti-
 « ve, leurs intérêts si multipliés, leurs rapports si étendus, qu'il
 « est impossible au législateur de pourvoir à tout D'ailleurs
 « comment enchaîner l'action du temps ? comment s'opposer
 « au cours des événements ou à la pente insensible des mœurs,
 « comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience
 « seule peut nous révéler Un code quelque complet qu'il
 « puisse paraître n'est pas plutôt achevé que mille questions
 « inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois une
 « fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites ; les hom-
 « mes au contraire ne se reposent jamais ; et ce mouvement qui
 « ne s'arrête pas et dont les efforts sont diversement modifiés
 « par les circonstances, produit à chaque instant quelque résultat
 « nouveau, c'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'es-
 « prit général des lois à en rédiger l'application. »

Et, ajoute M. Ballot-Beaupré qui cite ce passage dans son discours prononcé au moment du centenaire du code civil: pour le juge il n'est pas d'autre souci que la loi. Quand le texte est ambigu le magistrat a de larges pouvoirs d'interprétation, il ne doit pas s'attarder à rechercher obstinément quelle a pu avoir été il y a cent ans la pensée du législateur d'où est né le texte peu net,

(10) Cité par M. Ballot-Beaupré, discours prononcé au centenaire du code civil. 1904.

mais seulement comment ce même article serait pensé aujourd'hui, dans les circonstances où nous vivons.

On peut alors parler de la jurisprudence créatrice d'un droit nouveau, comme celle qui a permis l'aboutissement de la responsabilité des accidents de travail, de la recherche de la paternité, de la responsabilité du fait des choses dangereuses, des assurances sur la vie.

C'est cette jurisprudence dont parlait Portalis ⁽¹¹⁾ : « Chez
« toutes les nations policées, on voit toujours se former à côté
« du sanctuaire des lois et sous la surveillance du législateur, un
« dépôt de maximes, de décisions et de doctrines, qui s'épuise
« journellement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises et qui a été constamment regardé comme le vrai supplément de la législation ... à défaut de textes précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite
« non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une
« maxime reçues tiennent lieu de lois, quand on est dirigé par
« rien de ce qui est établi, ou comme, quand il s'agit d'un fait
« essentiellement nouveau, on remonte au droit naturel... on
« ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois, et
« c'est à cette jurisprudence que nous abandonnons les cas rares
« et extraordinaires qui ne sauraient entrer dans le cadre d'une
« législation raisonnable... c'est à l'expérience de combler les
« vides que nous laissons. Les codes des peuples se font avec le
« temps, mais à proprement parler on ne les fait pas. »

C'est cependant à l'aide encore d'un autre élément : la pratique, que la jurisprudence a pu connaître un élan aussi considérable, car tout ce qui tient à la manière d'appliquer les règles du droit en procédure a été l'œuvre des avoués, à qui appartient

(11) Loaré. *Législation civile et commerciale et criminelle de France*. Paris 1827. T. 1, p. 258.

la charge de la rédaction des actes de procédure. C'est encore par les thèses et plaidoiries brillantes et séduisantes des avocats qu'ont pu être emportées nombre de décisions judiciaires ; c'est en s'appuyant sur des ouvrages de doctrines, aussi, que ces décisions ont pu être rendues. En dehors donc des lois, il existe pour un moment donné une coalition de forces, nées du milieu social qui fait que le sens et la valeur des lois ont pu changer ; c'est là, disait M. Esmein ⁽¹²⁾ une loi humaine « toutes les fois » que les hommes d'une même race, d'une même époque, d'une même éducation se livrent à un travail d'une façon durable, il arrive qu'en fin de compte, *in the long run*, comme disent les Anglais, leurs efforts dispersés produisent des résultats concordants et homogènes », il développait cette pensée en prenant comme exemple les styles de mobiliers.

Mais ces efforts de la jurisprudence et de la pratique ne peuvent cependant pas s'attaquer victorieusement à un certain nombre de domaines, comme le fait remarquer M. Geny, dans son ouvrage sur la technique du droit privé positif. Il n'est notamment pas possible de modifier soit un point du droit positif nettement établi, soit un principe général de l'organisation contemporaine, soit des matières d'ordre public ; et non plus de s'ingérer dans une réglementation devant être connue, à l'avance par les intéressés : délais de forclusion, de péremption.

Mais cela mis à part, leur champ leur paraît libre, et comme pour le droit civil, la pratique et la jurisprudence ont modifié le code de procédure civile, ou plutôt lui ont apporté des modifications assez nombreuses. Certaines ont contribué au délaissement ou mieux à l'abandon de certaines procédures, d'autres ont amélioré le fonctionnement de ce que le code avait prévu, d'autres enfin ont posé le principe de théories que ne contenait pas l'œuvre de 1807.

(12) A. Esmein. La doctrine et la jurisprudence. *Opere citato*.

Il faut cependant reconnaître que tous les efforts n'ont pas été couronnés de succès, et que certaines tentatives furent vouées à l'échec.

C'est à propos de cette influence de la pratique et de la jurisprudence sur la procédure que nous serons amenés à étudier son rôle dans les domaines du tribunal civil et du tribunal de commerce.

Dans les procédures civiles nous verrons qu'il y a une tendance à laisser sans utilisation des procédures paraissant trop formalistes, en même temps que d'un autre côté la jurisprudence exige, plus strictement que ne semble l'exiger la loi, l'observation de certaines règles. Nous serons également amenés à constater qu'à côté d'efforts, ayant abouti à des échecs, la jurisprudence et la pratique ont pu étendre considérablement le champ d'application de certains articles. Enfin il a paru important de noter le rôle joué par la pratique dans la vie quotidienne d'un tribunal civil.

Du côté de la procédure commerciale nous verrons les efforts tentés par les tribunaux pour essayer d'étendre le domaine de certains textes, et nous pourrions constater que dans un cas au moins on a réussi à créer une formalité que la loi ne prévoyait pas.

Enfin sans vouloir entrer dans le détail de l'influence de la pratique et de la jurisprudence sur chacun des articles de notre code de procédure civile, nous examinerons, à propos de ceux qui ont paru particulièrement intéressants, de quelle manière cette influence a pu s'exercer sur leur application.

TITRE I

LE TRIBUNAL CIVIL

SECTION I

L'ABANDON DE CERTAINES PROCEDURES

L'action de la pratique et de la jurisprudence sur la technique de la procédure n'a pas toujours été active ni libérale ; elle a souvent été passive et de stricte observance des règles écrites. Dans certains cas, elle a même exigé plus que ne sembleraient le faire les textes.

L'influence passive de la pratique a pu s'exercer à propos de procédures qui, en raison de leur âge, ont pu facilement être qualifiées d'archaïques. Trop calquées sur d'anciennes règles, transposées dans notre code par les praticiens qui furent ses rédacteurs, elles ne correspondaient plus à une nécessité qui fût en concordance avec leurs exigences et se sont trouvées supplantées par des artifices de procédure qui les ont rendues inutiles. Ainsi ont pu disparaître, du moins presque complètement, la réception de caution, la liquidation des fruits, celle des dommages-intérêts, car la vie quotidienne judiciaire n'en offre que peu d'exemples, comme peuvent en témoigner les recueils de jurisprudence. D'autre part l'instruction par écrit, purement et simplement supprimée par décret-loi du 30 octobre 1935 sur le code de procédure, ne connaissait plus un rôle important.

CHAPITRE I

L'INSTRUCTION PAR ECRIT

Si cette procédure mérite encore un examen, malgré sa suppression, c'est qu'elle permet d'envisager, de son début à sa fin, la vie d'une institution, à travers toutes ses phases.

Elle avait connu dans notre ancien droit une faveur considérable, sous le nom d' « appointements ». On en distinguait plusieurs, d'ailleurs tous de bon rapport pour les juges qui, à leur propos, recevaient de nombreuses épices ⁽¹⁾.

Les appointements (*ad punctare* : mettre au point) n'étaient admis que pour les affaires délicates nécessitant un examen attentif, présentant des difficultés pour leur exposition orale. Les affaires sommaires ne devaient pas être appointées, tandis que les redditions de comptes, liquidations de dommages-intérêts, appels de taxe devaient l'être obligatoirement.

Cette procédure eut une importance considérable puisqu'après avoir fait l'objet de minutieuses réglementations en 1667, les appointements étaient cependant devenus si nombreux, qu'il fallut en 1780 créer des appointements sommaires. Cette abondance donna naturellement lieu à des excès, et à des abus qui firent naître de véhémentes protestations.

(1) Bordeaux, p. 435, note 1, indique que c'est peut être à cause des revenus que procuraient aux conseillers, ces appointements, que ce mot, d'abord terme de procédure est devenu synonyme de traitement et de rétribution.

C'est pour cette raison que le code de 1807 (article 93 à 115 inclus) qui a sérieusement simplifié cette procédure telle qu'elle existait, a changé son nom et l'a baptisée : instruction par écrit. Néanmoins, son origine lui fut néfaste, car, victime plutôt de préjugés que d'une vraie critique, elle a succombé surtout à la crainte qu'elle inspirait. Si les délais imposés avaient été aménagés comme ils auraient pu l'être sous l'influence d'un usage quotidien, cette procédure eût pu rendre de réels services dans les causes où la production et la discussion presque littérale des pièces importe surtout.

Elle avait aussi contre elle la nécessité où elle mettait les avocats et les magistrats de fournir un gros effort matériel. Et le travail minutieux que représentait cette procédure a écarté son usage de la pratique des tribunaux.

Sa disparition du domaine des affaires civiles ordinaires surprend quand on considère que de nombreuses procédures spéciales sont obligatoirement instruites par écrit, sans cependant les délais et les détails dont fourmille notre matière. Mais le principe est le même et il s'est révélé excellent et, notamment les instances intéressant l'enregistrement, les contributions indirectes, le domaine de l'Etat, sont diligentées sur de simples mémoires signifiés ; le jugement est rendu sur le rapport d'un juge, après l'audition du Ministère public, les observations orales sont toujours très courtes.

Il est encore intéressant de rapprocher l'instruction par écrit de la distribution des prix d'immeubles par voie d'ordre, et des prix de meubles par voie de contribution. Là, comme ici il y a dépôt des pièces au greffe, pendant un laps de temps donné ; passé ce délai le juge commissaire prend connaissance des pièces, établit son travail — le règlement provisoire — qui sera contes.é s'il y a lieu, par écrit. Si ces contestations sont portées

à l'audience, ce sera par conclusions écrites, sur lesquelles il sera statué après des explications orales généralement brèves.

Il est certain que dans ces matières, comme dans celles si spéciales de l'enregistrement et des contributions, cette procédure principalement écrite est nécessaire, mais cette nécessité ne provient que de la complexité des pièces fournies aux débats et de la minutie de leur examen. Il y a cependant nombre de procès civils au cours desquels sont versées aux débats des pièces d'une importance aussi considérable dont l'examen serait grandement facilité par une procédure écrite.

Cependant, comme son utilisation n'était pas imposée, il a paru plus simple de ne pas s'en servir, plutôt que d'essayer d'adoucir ses angles trop bruts et de rendre son application plus facile. C'est la solution paresseuse, il faut bien le dire, qui a triomphé. Il est évidemment plus facile de s'en remettre à des experts pour examiner des comptes, des pièces et documents ; ce sont donc des spécialistes qui ont reçu cette mission de préparer le travail des magistrats.

Pour eux, ce n'est là qu'une application de leurs connaissances professionnelles avec leurs déformations inévitables. On court ainsi le risque de voir le fond du droit modifié par les méthodes employées, les convictions personnelles des experts et la présentation des solutions qu'ils préconisent.

C'est cependant en fait l'instruction par écrit qui a été vaincue, et avant même que d'être officiellement supprimée, elle avait bien disparu. Un exemple suffira à le montrer. De mémoire de greffier, on ne se souvient plus au tribunal de la Seine d'avoir vu tenir le registre spécial prescrit par le code de procédure pour y recevoir mention des pièces communiquées entre parties, et au magistrat rapporteur. L'oubli s'était fait autour de cette institution qui avait connu, il y a longtemps c'est vrai, des luttes passionnées.

CHAPITRE II

LES LIQUIDATIONS DE DOMMAGES-INTERETS ET DE FRUITS

Ce sont encore des procédures désuètes que celles des liquidations de dommages-intérêts et des fruits, et si, bien souvent, par assignations ou par conclusions il est demandé que les dommages-intérêts soient à fixer par état, c'est bien plutôt l'usage de formules qui se perpétuent. Chacun sait bien que ce n'est pas de cette manière que le quantum de la réparation sera fixé.

Cette procédure inconnue en droit romain a vu le jour, en droit français dans les styles de nos anciens parlements qui la considéraient comme obligatoire, même quand les magistrats possédaient les éléments nécessaires pour fixer de plano le montant des dommages-intérêts.

En 1667, cette procédure est devenue facultative et est passée dans notre code de procédure qui indique à son article 128: « Tous jugements qui condamneront en des dommages et intérêts, en contiendront la liquidation ou ordonneront qu'ils seront donnés par état. »

Les deux hypothèses ainsi prévues ne se rencontrent pas toujours dans les décisions et c'est surtout la seconde qui est la moins fréquemment mise en œuvre.

Il est vrai d'ailleurs que son application faisait naître des dif-

ficulités juridiques de nature à paralyser son emploi, car, suivant la manière dont les jugements étaient rédigés, les plaideurs pouvaient se plaindre, soit de l'autorité de la chose jugée, soit d'un déni de justice, car c'était à ces extrémités qu'étaient réduits les magistrats qui ordonnaient l'emploi de cette procédure.

En effet, supposons qu'une décision ait admis le principe d'un préjudice subi par le demandeur et ordonne d'en chiffrer le montant par état; si ensuite des justifications fournies, les magistrats estiment qu'il n'est pas dû de dommages-intérêts, il ne semble pas qu'ils puissent juger, sans contredire les termes de leur première décision, que la demande n'est pas fondée, puisqu'ils en ont admis le principe. C'est cependant ce que la cour de cassation avait jugé possible en 1888 ⁽²⁾.

Pour ne pas transgresser les règles du droit, ils devaient commettre une violation de l'équité en faisant supporter au défendeur une condamnation, toute morale, à une somme minime, mais qui entraînait la condamnation aux dépens, beaucoup plus importante.

Pour éviter d'être éventuellement placés dans cette pénible situation de fait et de droit, les magistrats avaient imaginé de dire que leur décision ordonnant la liquidation, par état, des dommages-intérêts, serait affectée d'une condition ainsi conçue : « pour le cas où le dommage allégué serait reconnu réel. »

C'était une solution élégante, à laquelle aucun principe ne s'opposait, malgré la tradition plutôt hostile aux jugements conditionnels, mais qui n'était pas non plus dépourvue de points faibles. Il paraît déjà douteux qu'un litige portant sur un intérêt né et actuel, puisse ne recevoir qu'une solution conditionnelle ; de plus il n'en reste pas moins que, dans la procédure

(2) Cass. 22 Nov. 1888. S-1-1889-1-369 note.

chaque partie avait soutenu des conclusions fermes, des prétentions déterminées, auxquelles il n'était pas répondu. Il se trouvait seulement dans le jugement une fiction juridique qui ne pouvait être considérée comme donnant à la décision le caractère réel et légal qui lui est nécessaire.

Cependant cette procédure présentait pour les plaideurs des avantages considérables. Elle leur permettait de former une demande à l'appui de laquelle ils ne pouvaient apporter que la preuve du préjudice subi, sans avoir besoin d'en chiffrer le montant, ce qui souvent, aurait été impossible. Elle permettait encore, une fois le jugement rendu, de prendre des mesures conservatoires, pendant le temps qui serait employé à chiffrer le montant du préjudice, et cela sans attendre que le défendeur soit devenu insolvable.

Néanmoins, une procédure qui paraissait tellement utile et avantageuse est tombée en désuétude. Il faut en chercher les raisons dans le fait que les mesures conservatoires ainsi prises étaient souvent bien gênantes, car il pouvait se passer une durée de temps assez longue avant que le quantum fût déterminé, et pendant cette durée les hypothèques étaient toujours inscrites sur les immeubles, sans chiffre, et les saisies-arrêts frappaient les comptes. En dehors de cela, il y a d'autres raisons qui n'ont peut être pas moins été aussi efficaces : d'autres procédures plus simples se sont trouvées plus employées. C'est notamment l'expertise, et surtout l'expertise ordonnée en référé qui, tous droits réservés, indique le montant d'un dommage subi, la détermination de la responsabilité du fait de ce dommage incombant aux juges du fond. D'autre part, les tribunaux ayant peu à peu constaté à quel point les travaux des experts pouvaient faciliter leur tâche, en les débarrassant d'examen techniques, ont été fort heureux de leur confier de telles missions.

Plutôt que de faire déterminer le quantum de dommages-in-

térêts par une discussion entre avoués qui produiraient des pièces et se feraient des offres réciproques, les magistrats ont préféré s'en remettre à l'avis d'hommes de l'art qui, ayant écouté chaque partie, et examiné leur dossier, pourraient indiquer un chiffre, le plus rapproché possible pensait-on, de la vérité et de l'équité ; c'est d'ailleurs le but idéal de nos efforts de justice.

Aussi peu pratiquée que la liquidation des dommages et intérêts est celle des fruits, qui ne connaît plus, notamment dans le ressort des tribunaux importants, comme celui de la Seine, l'importance que paraissait lui avoir assignée le code de procédure civile. En effet, si l'article 526 prévoit bien que celui qui sera condamné à restituer des fruits en rendra compte dans la forme des redditions de compte il est admis autant par la jurisprudence que par la doctrine que les juges sont dispensés d'ordonner qu'il en soit ainsi quand ils sont en possession des éléments suffisants pour arriver à une exacte évaluation des fruits, ou quand les parties demandent à ce qu'il soit procédé par dire d'expert ou devant notaire : c'est naturellement l'usage couramment pratiqué.

CHAPITRE III

LA JURISPRUDENCE PLUS FORMALISTE QUE LE CODE

Si la pratique et la jurisprudence ont abandonné certaines procédures au point que celles-ci ont pratiquement disparu, il faut constater que leur influence ne s'est pas toujours exercée dans un but de simplification. A plusieurs reprises et à propos d'actes divers la cour de cassation a fait preuve d'un formalisme rigoureux, qui peut être qualifié d'excessif, en rendant très stricte l'application de certaines règles, qui auraient pu, sans inconvénients pour les plaideurs ni pour les tribunaux, être appliquées avec un esprit moins soumis à la lettre.

C'est ce qui s'est produit quand des arrêts ont été cassés parce que l'acte de signification des qualités ne portait pas la signature manuscrite de l'huissier, mais seulement une griffe ⁽¹⁾, que le règlement des qualités avait été fait par un magistrat incompétent ⁽²⁾, que l'avenir en règlement des qualités avait été irrégulièrement signifié ⁽³⁾, que l'ordonnance de règlement des qualités ne portait pas de date ⁽⁴⁾, car on ne peut alors sa-

(1) Cass. 20 Janvier 1897 S.-1897-1-513.

(2) Cass. 23 Octobre 1895 S.-1897-1-228.

(3) Cass. 15 Novembre 1893 S.-1894-1- 85.

(4) Cass. 16 Mai 1898 S.-1899-1-169.

20 Mars 1893 S.-1893-1-368.

voir si les qualités ont bien été réglées au jour où elles devaient l'être, et pour d'autres raisons ayant toutes trait non pas même à la confection des qualités elles-mêmes mais seulement à la procédure de leur règlement.

La cour de cassation a estimé ici qu'il y avait un tout indivisible formé par les qualités et la décision et que l'article 141 du code de procédure civile ne distinguait pas entre ces deux éléments.

Il y a là un principe auquel la chambre civile est fidèlement attachée, puisqu'elle l'a maintenu dans un arrêt du 16 mai 1898 rapporté au Sirey 1899-1-169, rendu après partage, et contre les conclusions de son avocat général — alors M. Sarrut — qui soutenait la thèse de l'abandon de cette jurisprudence à l'esprit étroit.

C'est une question sur laquelle il serait intéressant de connaître l'opinion des chambres réunies. Ce souhait est malheureusement vain, puisque, comme le fait remarquer M. Tissier dans sa note sur l'arrêt du 16 mai 1898, la cour de renvoi ne statue qu'en fait, et n'a pas à connaître des qualités de l'arrêt cassé, ni par conséquent à les apprécier.

Il est cependant permis de s'associer à la presque-unanimité de la doctrine pour critiquer une jurisprudence aussi sévère.

Née fort longtemps après le code de procédure civile, elle n'a guère apparue qu'en 1845 pour prendre toute sa force aux environs de 1876. Elle est, semble-t-il, contraire au principe qui veut que la nullité d'un acte ne doit pouvoir agir sur la validité d'un autre acte qu'autant qu'il lui est antérieur, ce qui n'est pas le cas dans notre espèce.

En effet, dans notre système actuel de procédure les qualités sont rédigées par les avoués de la cause, après la rédaction et le prononcé de la décision. Celle-ci a une existence propre, en minute, même quand la rédaction des qualités n'a pas lieu. Cela

arrive fréquemment, notamment pour des décisions déboutant le demandeur.

La rédaction des qualités n'est nécessaire que pour « lever la grosse » comme on dit au Palais, et s'il est vrai que cette grosse sera seule revêtue de la formule exécutoire, qui permettra d'exécuter la décision, en recourant s'il en est besoin, aux mesures de coercition, cette formule n'ajoutera rien, et ne peut rien ajouter au texte même du jugement, œuvre du magistrat.

D'ailleurs, quand, au lendemain du code de procédure civile les greffiers des tribunaux ont commencé par attendre que les qualités aient été rédigées, signifiées et déposées pour transcrire les jugements sur les feuilles, le grand juge leur a montré leur erreur, et leur a rappelé que la rédaction des minutes était régie par l'article 138 et que l'article 142 concernait les expéditions « ... ce qui ne se ressemble en aucune manière ».

Il est cependant normal que la mauvaise rédaction des qualités soit de nature à vicier une décision car elles doivent reproduire les conclusions des parties, conclusions sur lesquelles il a été statué. Si elles sont mal rapportées, le jugement ou l'arrêt n'a plus d'unité, ne forme plus le tout qu'il doit être.

Mais ce qui ne se conçoit pas c'est qu'une formalité extérieure à la contexture des qualités, puisse avoir de l'influence sur la validité de la décision rendue. Or la seule sanction qui puisse être appliquée est sévère : c'est la cassation s'il s'agit d'une décision rendue en dernier ressort, ou l'annulation par la juridiction du second degré quand il y a lieu à appel ; de toutes façons la solution est cruelle.

Il faudrait admettre, avec nombre de cours d'appel et comme le préconise la doctrine, que l'omission dans les qualités d'une énonciation prévue par l'article 141, ne peut entraîner la nullité de la décision (si une des parties n'est pas dénommée dans les qualités, elle peut écarter la décision à laquelle elle est ré-

putée n'avoir pas été partie), que les omissions dans les qualités peuvent être rectifiées, que, en cas de défaut de règlement des qualités, l'expédition seule peut être nulle.

Ce sont là des solutions qui peuvent être qualifiées de solutions de bon sens, car à ce moment le procès est terminé, momentanément tout au moins, il n'y a plus de matière contentieuse, mais seulement une loyale collaboration entre les avoués, à la confection d'une importante partie de la décision.

On peut encore citer des excès de rigorisme en dehors de ce domaine des qualités.

Il a souvent été discuté de la validité d'un ajournement signifié à une personne domiciliée à l'étranger, avec l'indication d'avoir à comparaître à huitaine franche, délai de la loi outre les délais de distance s'il y a lieu. La cour de cassation a en effet estimé ⁽⁵⁾ avant la loi du 13 mars 1922 qu'une telle indication était nulle comme se référant seulement à l'article 1033 du code de procédure civile et non à l'article 73, seul applicable aux délais hors de la France continentale.

Il y avait là une sanction bien dure, en raison de ce que les parties ne peuvent comparaître en personne ; il leur faudra toujours s'adresser à un conseil, qui, lui, saura leur dire quel est le délai qui doit être observé. Cette rigoureuse nullité pourrait se comprendre au cas d'une omission complète, elle n'est plus admissible quand il n'y a pas eu omission mais seulement une insuffisance d'indications.

C'est encore une marque de ce formalisme qui va triompher à propos de la remise des exploits, et notamment des actes d'ajournement, pour lesquels l'article 65 du code de procédure stipule qu'ils seront faits à personne ou à domicile.

La cour de cassation a décidé que devait alors être considérée

(5) Cass. 14 Avril 1891 S-1894-1-391.

comme nulle la signification d'un arrêt qui n'aurait été délivrée qu'à la résidence de la partie défenderesse et à une personne à son service ⁽⁶⁾.

Il est encore plus difficile de soutenir que le défendeur puisse comparaître, et soulever la nullité de l'ajournement, en prétextant que cet acte ayant été remis à sa résidence à une autre personne qu'à lui-même, il n'a pas été valablement touché. C'est cependant ce qui a été jugé par la cour de cassation le 2 janvier 1901 (S-1902-1-129).

Il faut reconnaître qu'il y a là un formalisme excessif, surtout en matière de référé où l'urgence a des nécessités qui devraient permettre une interprétation plus heureuse des textes, interprétation qui n'aurait pas pour effet d'empêcher, à raison d'un vice de forme d'ordonner une mesure provisoire de première nécessité. L'application de cette jurisprudence devra être moins fréquente depuis l'article du décret loi du 30 octobre 1935 sur les nullités de procédure. Il faudra maintenant prouver le préjudice subi par l'inobservation de la formalité, et si le plaideur qui use de ce moyen ne fait pas la preuve du dommage qu'il aurait subi, l'acte incriminé sera tenu pour bon et valable.

Notons cependant que, en cette matière de référé, un arrêt de cassation du 20 novembre 1867 (S-1868-1-85) a admis qu'on pouvait assigner une compagnie de chemins de fer, en la personne d'un chef de gare, pour voir ordonner qu'il serait procédé à des constatations urgentes. C'est là une libérale interprétation des textes intéressante à mentionner.

Ces trois exemples de formalisme ne sont pas sans curiosité quand on songe aux facilités, que nous retrouverons bientôt, avec lesquelles la pratique et la jurisprudence ont su s'affranchir de textes étroits.

(6) Cass. 14 Avril 1891 S-1894-1-391.

Ce raffinement peut trouver son fondement dans le désir de donner à chaque partie une grande sécurité ; soit pour l'avertir qu'un procès lui est intenté, soit pour indiquer à quelle date elle devra se faire représenter, soit encore pour lui faire connaître une décision dont toutes les parties seront impeccables.

Cette intention est louable, mais il faut admettre que la stricte application de ces principes, aveugle, et sans accommodements, donnera souvent des résultats quelque peu contraires à ceux qui, en équité, peuvent être recherchés quand on désire une justice rapide, exempte de chicanes sans portée sur le fond du droit.

SECTION III

LES ECHECS

CHAPITRE I

LA TENTATIVE DE CONCILIATION

De toutes les phases obligatoires de la procédure décrites par le code c'est la tentative de conciliation que les parties ont le plus cherché à esquiver.

Elle se trouve imposée par l'article 48 du code de 1807 :
« Aucune demande principale introductive d'instance, entre
« parties capables de transiger, et sur des objets qui peuvent
« être la matière d'une transaction, ne sera reçue dans les tri-
« bunaux de première instance, que le défendeur n'ait été préa-
« lablement appelé en conciliation devant le juge de paix, ou
« que les parties n'y aient volontairement comparu. »

Ce principe général se trouvait alors être nouveau dans notre droit, ce n'est qu'à la fin du XVII^{ème} siècle, et surtout au XVIII^{ème} siècle que l'on vit se répandre l'idée d'apaisement qui est sa raison d'être, et sa première institution se trouve dans la loi du 16-24 août 1790.

On avait voulu en rechercher l'origine dans une disposition

de la loi des XII tables prescrivant au préteur de ratifier les engagements pris par les parties, ou encore dans le droit athénien.

Mais après les efforts des évêques, s'efforçant aux premiers temps du christianisme, d'accommoder les affaires, il faut arriver à l'institution, le 20 juillet 1651, par Stanislas, Duc de Lorraine, Roi de Pologne, d'une chambre d'avocats destinée à instruire les parties et à ne rien négliger pour les concilier.

L'archevêque de Rochebonne avait également fondé à Lyon un conseil charitable pour régler amiablement les contestations. A dater de 1780, de nombreux seigneurs avaient introduit sur leurs terres des bureaux de conciliation. A Genève et dans le pays de Vaud les juges devaient exhorter les parties à terminer leurs procès par des arrangements amiables.

Un rescrit de Frédéric II du 28 décembre 1779 (art. 4) ordonnait qu'un juge recevrait les parties à peine d'amende, séparément, se ferait remettre les pièces, proposerait des accommodements et dresserait un protocole circonstancié.

En dehors de ces exemples l'Assemblée Constituante s'est certainement inspirée d'une lettre écrite par Voltaire en 1742 qui rappelle l'obligation qu'avaient, en Hollande, les plaideurs d'aller en conciliation ; quand les parties arrivent avec « un « avocat ou un procureur, il faut d'abord retirer ces derniers « comme on ôte le bois d'un feu qu'on veut éteindre ».

Il s'était donc créé une sorte de mouvement d'opinion en faveur de ces conciliations, alors officiellement ignorées dans la procédure, conciliations qui faisaient espérer qu'elles aboutiraient à la suppression de nombreux procès.

Ainsi les législateurs révolutionnaires voulurent-ils soumettre à la tentative de conciliation toutes les instances sans même en excepter celle où il est interdit de transiger.

Il fallut d'ailleurs reconnaître que les espoirs qui étaient fon-

dés sur cette tentative avaient été déçus. Le bel enthousiasme avait rapidement disparu et les bureaux de conciliation qui avaient bien fonctionné quand ils étaient composés, comme dans les chef-lieux de district, d'hommes intègres et cultivés, n'étaient pas appréciés de la même manière quand leur autorité et leur composition étaient plus discutables.

Aussi le Tribunat était-il plutôt favorable à la disparition de cette tentative de conciliation, dans la crainte que l'ascendant du juge de paix n'obtienne des parties des sacrifices illégitimes. Ce n'est que par respect pour la constitution de l'an VIII que l'abrogation de cette formalité ne fut pas demandée.

Et depuis on n'a cessé de constater une désaffection de plus en plus complète de cette tentative de conciliation qui devait rénover la marche et l'aspect de la justice. Les statistiques nous montrent que le nombre des conciliations réalisées diminuait régulièrement, que le nombre des défendeurs qui ne prenaient pas la peine de se déranger augmentait sans cesse, de même que le nombre des mandataires chargés de représenter les parties. Ceux-ci avaient d'ailleurs en général pour instruction de ne pas se concilier.

Enfin il faut constater que pendant que le nombre des affaires inscrites au rôles des tribunaux augmentait, le nombre des tentatives de conciliation diminuait. Cela provenait de ce que les présidents de tribunaux, très occupés, usaient facilement de la faculté qui leur était accordée de dispenser de ce préliminaire de conciliation la plupart des demandes, et ils se servaient pour motiver leurs ordonnances du prétexte d'un besoin de célérité qui n'était pas, la plupart du temps, capital.

C'était là une pratique constante, surtout dans le ressort du tribunal de la Seine, où s'était répandu l'usage des « requêtes à bref délai » comme on disait au Palais.

Ces requêtes présentaient l'avantage de gagner un temps ap-

préciable. Soumises à la signature du magistrat chargé de ce service, elles pouvaient être répondues dans la journée. L'assignation était aussitôt lancée, tandis que s'il avait fallu s'en tenir aux préliminaires de conciliation, il était nécessaire de citer le défendeur pour le jour des audiences de conciliation, attendre du greffier la délivrance du procès-verbal, et assigner ensuite. Le tout pouvait demander un délai de temps appréciable et celui-ci se comptait normalement par semaines.

En dehors de cet avantage, les plaideurs pouvaient y trouver celui d'une économie appréciable, surtout dans les instances où de petits intérêts se trouvaient en jeu. La requête « bref délai » ne nécessitait que l'enregistrement de l'ordonnance et le coût de l'assignation, tandis que la procédure ordinaire nécessitait le coût de la citation, de son placement au greffe de la justice de paix, de l'enregistrement et du timbre du pouvoir de mandataire, du coût du procès verbal de non conciliation et de son expédition, enfin de l'assignation.

En outre si le juge de paix l'exigeait ou si la partie s'y croyait obligée, elle devait se présenter elle-même au juge de paix au risque de perdre une demi-journée.

En somme la pratique judiciaire avait trouvé dans le comode prétexte de la célérité, — et à entendre un plaideur, un procès, le sien, est ce qu'il y a de plus urgent au monde — un moyen élégant, rapide, peu coûteux, et contentant ainsi autant de monde qu'il était possible.

Cependant cette pratique a actuellement vécu. Le préliminaire de conciliation a triomphé, de la « requête bref délai » dans les termes du décret loi du 30 octobre 1935 ainsi conçu : « l'art. 49 du code de procédure civile est complété par l'alinéa suivant : dans le cas prévu au paragraphe II ci-dessus la dispense ne pourra résulter que d'une ordonnance du président du tribunal de première instance qui devra indiquer

« expressément les motifs de l'urgence, l'art. 53 du code de
« procédure civile est modifié ainsi qu'il suit : « Les parties
« comparaitront en personne. En cas d'empêchement elles
« pourront se faire représenter par des mandataires de leur
« choix, à condition que l'excuse soit reconnue valable par le
« juge de paix. »

Ce texte a été adopté sous couleur de hâter la procédure, d'en diminuer le coût : la réforme doit avoir pleinement atteint son but, si l'on veut bien se rappeler ce qui a été dit plus haut à ce sujet.

Dans cette réforme deux choses sont à retenir : les procès verbaux auront la force exécutoire, et c'est juste, car si les parties concluent un accord il faut que celui-ci soit muni des formules nécessaires à son exécution si une partie quelconque manque à ses obligations.

D'autre part la conciliation sera possible même au cours de l'instance. C'est là que nous retrouverons la question de la possibilité et de la nécessité des tentatives de conciliation.

Il n'y a rien de plus louable que ce but, mais Bentham le constatait déjà, rien de moins efficace ou même de plus contraire au but que ce moyen.

Il faut d'abord se souvenir qu'en dehors des gens que Racine a savamment décrits dans *Les Plaideurs*, peu de demandeurs commencent une instance sans avoir au préalable tenté d'étouffer leur bon procès par un mauvais arrangement. Il n'était pas besoin qu'un nouveau texte vint rappeler aux parties que la conciliation était possible en cours d'instance. A partir du moment où les avoués et les avocats sont en rapport et s'il n'apparaît pas que les points de vue opposés soient absolument inconciliables, ils essaient, aux mieux des intérêts de leurs clients, et dans la connaissance mutuelle de leurs pièces et dossiers, de

mettre sur pied des propositions au sujet desquelles un rapprochement des prétentions adverses pourra peut-être avoir lieu.

Cependant avant l'instance, ou pendant, un magistrat pourra tenter de concilier les parties ; mais, et ici encore Bentham le disait bien avant moi, ou la conviction de ce magistrat sera formée sur des raisons insuffisantes, et il aidera à commettre une injustice, ou il aura des raisons suffisantes, et il donnera naissance à une décision, et il est bien à craindre alors que l'avantage ne reste au plus tenace.

D'ailleurs si le demandeur obtient ce qu'il demande, le magistrat conciliateur, conscient de l'importance de son rôle aura dû vérifier le bien fondé de sa demande, et ce n'est pas là sa mission. Si au contraire le demandeur ne reçoit qu'une partie, celui-ci pourra se demander à quoi servent les lois qu'il croyait devoir le protéger, et qui au contraire aident à le dépouiller de ce qui lui est légitimement dû.

Voilà une victoire législative sur la pratique qui avait sans éclat aménagé cette formalité, au mieux semblait-il, de l'intérêt des parties. On est alors amené à se demander quelle est la vraie raison de cette réforme qui peut prendre l'allure d'un retour aux conceptions originaires de la nouvelle procédure fondée par la Révolution française.

On peut se demander si la raison qui n'est pas avouée, n'est pas une raison fiscale. En effet la rapidité et l'économie du système des « requêtes bref délai » étaient fondées sur le minimum d'actes nécessaires, leur multiplication dans le préliminaire de conciliation rappelé à une nouvelle jeunesse est au contraire l'occasion pour l'Etat de la perception de nombreux droits d'enregistrement. Ce n'est là d'ailleurs qu'un petit aspect des considérables charges fiscales qui pèsent sur les plaideurs, et risquent d'étouffer les procès.

CHAPITRE II

LES COMMISSAIRES

Un des usages les plus curieux de la pratique et de la jurisprudence est celui qui s'était perpétué dans le ressort de certaines cours d'Appel, où il est d'ailleurs resté vivace, de nommer des commissaires — le plus souvent des avocats — qui reçoivent la mission de procéder à une instruction générale des procès, cumulant ainsi les deux rôles de juge commissaire et d'experts.

Cet usage est d'ailleurs régulièrement condamné par la Cour de cassation chaque fois qu'un pourvoi amène cette juridiction à connaître d'une espèce où un moyen fondé sur l'illégalité de cette procédure est soutenu.

C'était là une pratique assez régulièrement suivie sous l'empire de l'ordonnance de 1667 : à côté des juridictions consulaires qui suivaient déjà cette pratique — consacrée par le code de procédure (art. 429) et par le code de commerce (art. 51) et développée par nos usages — les juridictions civiles avaient souvent pris l'habitude d'avoir recours à des arbitres.

Le Conseil d'Etat avait adopté pour le code de procédure civile un titre qui aurait traité des « renvois devant arbitres », ceux-ci auraient eu pour mission de concilier les parties, et à défaut de donner leur avis. Cependant l'opinion du Tribunal

qui disait que les juges n'avaient pas le droit de déléguer leurs pouvoirs en masse, a prévalu à ce propos.

Pigeau dans son *Traité de procédure* (1-247) et Carré et Chauveau (question 449) admettent que cet usage est abrogé ; ils considèrent d'ailleurs que le juge ne peut accumuler des frais frustratoires ; ce serait le cas en utilisant une procédure que la loi ne prévoit ni n'autorise sauf certains cas indiqués plus haut ⁽¹⁾.

Il s'est cependant trouvé des commentateurs qui ont prétendu que les tribunaux civils gardaient la faculté de renvoyer les parties en cause devant telle personne qu'ils jugeaient capable d'obtenir un arrangement. Leur principale raison est que « cela se faisait » autrefois ». Mais comme le fait justement remarquer Boncenne ⁽²⁾ « ils ne veulent jamais faire grâce d'un abus ».

C'est bien ainsi que pense d'ailleurs la cour de cassation car si celle-ci a admis des accommodements elle est restée très ferme sur le principe.

Comme aménagement la cour de cassation a rejeté les pourvois formés contre les décisions qui tout en permettant en fait, aux experts désignés, de procéder à des enquêtes, ne leur ordonnait pas de le faire ⁽³⁾. Cette distinction — que certains qualifient de trop subtile — entre l'intention et l'acte lui-même est cependant inattaquable au point de vue juridique.

En fait le tribunal qui nomme un expert ou un arbitre — peu importe sa dénomination — avec pour mission de recueil-

(1) Art. 429 C. P. C.

(2) Boncenne tome II P. 567

(3) Cass. 8 Janvier 1808.	D-1809-1-182.
Rennes 8 Juin 1859	D-1859-2-107.
Req. 20 Juin 1909	S-1909-1- 36.
Cass. 19 Février 1906	S-1906-1-272.
Lyon 6 Mai 1921	S-1921-2-267.

lir tous renseignements, toutes déclarations, de s'entourer de tous les éléments nécessaires à la recherche de la vérité, leur permet bien de faire une enquête qu'on le veuille ou non.

Cependant la « forme » sera sauve car il n'y aura pas eu à proprement parler d'enquête. Celle-ci ne peut être faite que par un juge et en observant une série de formalités, d'ouvertures d'enquêtes, de citations à témoins, de dénonciation du nom des témoins, qui, entourant cette procédure du maximum de garantie, de sécurité, en alourdissent singulièrement la marche.

Mais cette personne ainsi désignée, qui a par conséquent la confiance du tribunal va écouter, chercher, provoquer des déclarations, en constater la teneur, analysera leur valeur par rapport à sa mission principale. Il y aura donc beaucoup de chances pour que le travail qu'elle aura établi, à l'aide de ces différents matériaux, reçoive, sauf de rares exceptions, l'approbation du tribunal.

Celui-ci aura eu en effet le soin en nommant l'expert de déclarer qu'il sera « autorisé » à « recueillir » des déclarations de témoins, dans le cas où cela serait nécessaire, pour préciser et contrôler des constatations matérielles et techniques.

La prudence des tribunaux devra se retrouver dans la rédaction du jugement rendu après le dépôt du rapport de l'expert. Le tribunal fera bien, pour que sa décision ne soit pas critiquable, d'apprécier — naturellement à la lumière de l'exposé de son homme de l'art — personnellement le litige qui lui est soumis.

Mais ce ne sont là que pratiques anodines à côté de ce que la cour de Toulouse admettait, et même admet encore, uniformément dans son ressort.

Il ne s'agit plus ici seulement d'experts avec des missions plus ou moins étendues, se rapprochant plus ou moins d'arbitres ou

de juges enquêteurs, mais bel et bien de l'institution d'une véritable justice déléguée.

Sans vouloir chercher un parallélisme probablement incertain, il n'est pas moins vrai que cette manière d'agir rappelle en quelque manière la procédure romaine. Après avoir constaté que le débat est lié, et que les prétentions des parties sont bien définies, l'affaire est en état disons-nous aujourd'hui, le procès est renvoyé in judicio. Ici c'est devant des commissaires que les tribunaux de la cour de Toulouse renvoyaient une grande partie de leurs affaires. Ils leur demandaient de donner de tels renseignements et de telle sorte que leurs avis ne pouvaient pas ne pas être suivis, sans quoi les juges n'auraient plus eu aucun élément pour rendre leurs décisions.

Leur mission comprenait par exemple ⁽¹⁾ d' « instruire d'une « manière aussi complète que possible les prétentions des parties, de rechercher si la prescription trentenaire acquisitive « de droit de passage était acquise, et dans ce but de recueillir « tous renseignements qui paraîtraient utiles à la solution du « litige, d'entendre tous témoins, procéder à toutes investigations nécessaires. »

En somme le procédé employé aboutit pratiquement à abandonner la solution des procès à un personnage désigné par les tribunaux officiels, mais différent d'eux. Il n'était en conséquence soumis à aucune des règles qui régissent ces tribunaux au point de vue de la procédure, et ne donnait en principe aux justiciables aucune des garanties qu'ils sont en droit d'exiger.

Car si la procédure civile est bien le moyen de régler les différends existant entre les parties, et appartient par là au domaine du droit privé, elle lui échappe par un notable point qui est celui de l'organisation judiciaire et de toutes les règles qui y

(4) Ch. Civ. 27 Janvier 1936. G. P. 2 Avril 1936.

G. T. 26-27 Février 1936.

sont rattachées. S'il peut en effet, dans une conception qui est d'ailleurs une conception française, être indifférent à l'Etat que la direction du procès appartienne aux parties elles-mêmes, qui font diligence pour faire juger leurs procès, ou ne le font pas, suivant leur humeur, ou plutôt leur intérêt, il n'en est pas de même du souci que doit avoir aussi un Etat d'assurer à tous ses citoyens égaux et libres en droit une justice égale et rendue dans des conditions légales soigneusement déterminées au préalable.

Tout individu libre de ses droits peut plaider, c'est son affaire personnelle et privée. Ne peuvent juger que ceux qui sont investis de cette puissance par l'Etat qui leur délègue une partie de ses pouvoirs.

Comment peut-il donc se faire que ces tribunaux du midi se soient ainsi attribué la possibilité de déléguer ce qui leur avait été délégué à eux-mêmes, sans qu'on leur ait permis d'en faire autant. Cela s'était toujours fait sous l'ancien régime, et l'usage en avait persisté. Il avait paru commode, et son extension rendait la solution des procès plus aisée pour les magistrats. La différence entre ce procédé et celui déjà admis de l'expertise avec auditions de témoins ne semblait pas bien grande; enfin celà occupait les avocats qui ne plaidant pas pour telle ou telle cause, pouvaient être désignés comme « expert-commissaire » à son propos.

Mais pour permettre un tel usage et une telle jurisprudence, il aurait fallu pouvoir s'appuyer sur un texte. Le seul qui eût pu servir de fondement à cette création est l'article 429 du code de procédure civile prévoyant l'institution des arbitres. Mais il est spécial à la procédure devant les tribunaux de commerce. Par contre il est un texte formellement opposé à cette manière de procéder: c'est l'article 4 du code civil concernant le déni de justice.

Le juge ne peut se refuser à juger, et il ne peut faire juger à sa place: il lui est loisible dans certains cas de s'entourer de renseignements techniques soit pour éviter un travail matériellement impossible à réaliser par lui; soit pour avoir des éclaircissements sur des questions qu'il ne connaît pas. Mais ce ne sont là que des matériaux pour lui, magistrat, qui doit rendre une décision, motivée par lui, et non par quelqu'un d'autre.

Si sévèrement et régulièrement condamnée que soit cette jurisprudence par la Cour de Cassation qui reste hostile à la délégation générale des pouvoirs des magistrats à un tiers non qualifié, il est encore plus curieux de constater que cela n'empêche pas pour autant les tribunaux du ressort de la cour de Toulouse de poursuivre leur manière de procéder. S'il est en effet certain que cela est illégal, il n'en est pas moins vrai que ces mesures peuvent dans des cas d'espèces — notamment si les parties sont d'accord pour apprécier la valeur de l'avis de l'expert-commissaire — donner de bons résultats.

Ce sont là des considérations dans lesquelles ne peut entrer la cour de cassation, gardienne de nos lois et qui, sachant se montrer assez généreuse dans l'application des règles du droit privé de la procédure, doit se montrer particulièrement stricte pour tout ce qui intéresse l'ordre public.

SECTION III

LES SUCCES

En dehors de ces efforts de la jurisprudence et de la pratique plus ou moins couronnés de succès, soit pour abandonner une procédure, soit pour en créer de toutes pièces de nouvelles, il y a eu un mouvement qui a abouti à faire sortir de quelques articles du code de procédure civile un monde que ses rédacteurs n'avaient pas cru y faire entrer. L'une est la juridiction expéditive, moderne, rapide du référé que la juridiction du président du tribunal de la Seine a si vivement contribué à agrandir et à adapter aux conditions et aux nécessités de la vie actuelle. Pour ne nommer que des disparus, les présidents Debelleyme et Aubépin ont été les grands artisans de cette œuvre pour laquelle chaque plaideur devrait faire un acte de gratitude car c'est grâce à elle que de nombreux différends peuvent se vider sans connaître les lenteurs, le coût et les aigreurs d'un procès ordinaire.

L'autre est la juridiction du président du tribunal statuant sur requêtes. Dans ce domaine, ce qui a le plus évolué en matière juridique, c'est la nature des voies de recours que l'on peut y apporter, découlant naturellement de l'analyse juridique que l'on a pu faire de ces décisions.

CHAPITRE I

LES REFERES

A) — *Généralités.*

S'il est utile et nécessaire aux parties, aux instances, et à leur instruction que la marche des procès ne soit pas trop rapide pour conserver à la décision des juges le caractère étudié et sérieux qu'elle devrait toujours posséder, il n'en est pas moins vrai qu'il y a bien souvent des nécessités qui exigent une intervention, aussi prompte que possible, de la justice. C'est ce que fait vigoureusement ressortir la partie de l'exposé des motifs du code de procédure civile qui a trait au référé : « Notre
« projet de code, comme toutes les lois qui ont traité de la
« procédure, fixe les délais avant l'expiration desquels au-
«cun jugement ne peut être prononcé. On a reconnu que les
« mêmes délais ne pouvaient convenir à tous les cas, et ils ont
« été pour certaines circonstances plus rapprochés, selon que
« ces circonstances requièrent plus ou moins de célérité. Mais
« il n'est pas un homme ayant l'expérience des affaires qui
« n'ait eu l'occasion de reconnaître très souvent qu'il est des
« circonstances dans lesquelles le délai d'un seul jour, et même les
« délais de quelques heures peuvent être le souci des plus gran-
« des injustices, et causer des pertes irréparables. » L'histoire du
« droit nous apprend que ces procédures expéditives ont tou-

jours existé depuis qu'il existe une procédure réglementée et naturellement moins rapide que ne le désirent souvent les justiciables. Seulement leur caractère se modifiait à mesure que l'esprit juridique s'affinait et que les juristes distinguaient ce qui pouvait ou ne pouvait pas être jugé suivant telle ou telle forme, ou encore quel élément, seulement, du différend devait être soumis dès maintenant à un magistrat.

Dans ces différentes époques du droit nous rencontrons diverses procédures qui ont un même but : « aller vite » mais qui n'ont pas le même objet, car elles ne permettent pas de s'appliquer aux mêmes problèmes.

C'est ainsi que dans la loi des XII Tables le créancier pouvait faire comparaître son débiteur dans certains cas « ob torto collo ». Mais il n'y avait là qu'une procédure plus rapide et non pas différente de celle qui, au fond, se serait déroulée dans le cadre normal des règles habituelles.

Aussi ne peut-on voir dans cette procédure l'ancêtre de celle de notre espèce. On pourrait davantage en rapprocher la procédure, spécialement normande, de la « clameur de haro », qui a sa source dans les lois barbares, indiquées dans les très anciennes coutumes. Elle vivait encore à Paris au 14^{ème} siècle, a connu un large emploi en Normandie, et est jusqu'à maintenant, parfois usitée à Jersey et à Guernesey qui ont conservé un droit particulièrement curieux. ⁽¹⁾

Son véritable sens est que c'est une manière d'instance, une instance propre aux affaires urgentes, mais son sens vulgaire, le plus répandu, est celui d'une clameur qui exprime l'indignation et le mépris.

Elle était surtout appliquée aux affaires criminelles, et en

(1) La clameur de haro a complètement disparu de notre droit civil pour ne plus y apparaître que dans le code pénal et les règlements militaires (Service de Place) sous le nom de « clameur publique ».

matière civile à celles qui prenaient presque l'aspect d'un quasi délit comme le trouble de possession. M. Glasson dans son étude historique sur la « clameur de haro » ⁽¹⁾ indique que le débiteur peut clamer le haro si son créancier veut exercer la contrainte par corps sans en avoir le droit ou pratiquer une saisie sans titre exécutoire. Il indique encore que cette procédure permet d'obtenir un jugement provisoire. Par ces divers côtés, cette clameur de haro a bien des liens de parenté avec notre procédure de référé, en gardant sur celle-ci cet avantage qu'elle pouvait s'appliquer aux possessions. Ces questions échappent aux juges du référé, obligés de décliner leur compétence en cette matière dont connaissent les juges de paix.

Quant à notre référé si couramment, si utilement employé à l'heure actuelle, il a fallu longtemps, plusieurs siècles, pour arriver à lui donner toute sa figure et son caractère. Notre procédure vient, paraît-il, du verbe latin « *referre* » rapporter. Les parties viennent faire un rapport au magistrat, lui en référer et il prend une décision.

C'est là une très ancienne coutume qui, dans notre ancien droit devait être pratiquée notamment quand il se rencontrait des difficultés au cours d'une saisie. On en « *référait* » au juge du lieu de la saisie, et le procédé est décrit dans un manuel intitulé « *le parfait praticien français* » édité à Paris en 1680.

Aussi quand l'édit de 1685, pour l'administration de la justice au Châtelet de Paris, parle officiellement de la procédure de référé, et la décrit, ne fait-il que réglementer une pratique déjà constante. Son article 64 dit « quand il s'agira de personnes qualifiées ou constituées en charge, de celles de marchands et négociants emprisonnés à la veille de plusieurs fêtes consécutives, ou des jours auxquels on n'entre pas au

(2) Paris 1882.

« Châtelet; lorsqu'on demandera la main-levée de marchan-
« dises prêtes à être envoyées et dont les voituriers seront char-
« gés, ou qui peuvent dépérir, du paiement que des hôteliers ou
« des ouvriers demandent à des étrangers pour des nourritu-
« res ou fournitures d'habits, et autres choses nécessaires, lors-
« qu'on réclamera des dépôts, gages, papiers ou autres effets
« divertis, si le lieutenant civil le juge ainsi à propos il pourra
« ordonner que les parties comparaitront le jour même dans
« son hôtel pour y être entendues, et par lui ordonné par pro-
« vision ce qu'il estimera juste, sans frais ni vacations à son
« égard. »

D'autres articles étendent la compétence du lieutenant civil en référé pour les difficultés nées en cours de saisies, d'inventaires, de scellés.

Bientôt un arrêt de règlement interviendra, le 1^{er} février 1694, pour rappeler que en cette matière le lieutenant civil ne peut statuer que provisoirement et doit renvoyer au fond.

Dès ce moment l'essentiel de cette institution qui devait connaître un prodigieux développement était né. Les règles de sa compétence exigeaient déjà que la demande fit état d'une urgence certaine, voulaient que l'ordonnance rendue ne fût que provisoire. Sa procédure tendait à une comparution rapide devant le lieutenant civil.

Pigeau dans son traité de procédure civile de l'ancien droit (3) disait déjà que l'énumération des cas dans lesquels la compétence du lieutenant civil devait être reconnue, était impossible à établir : ceux que la nécessité des circonstances exige sur le champ — ceux qu'incommoderait l'audience. Quant à

(3) Pigeau. La procédure civile au Châtelet de Paris et de toutes les juridictions ordinaires du royaume, démontrée par principes et mise en action par des formules à Paris chez la veuve Desaint, libraire, rue du Foin Saint Jacques. 1787.

la procédure il est d'avis qu'il faut demander d'abord la permission du juge, mais il dit qu'en cas de grande urgence, on peut aussi assigner directement « cela se fait souvent au Châtelet ». Dès cette époque l'ordonnance peut être déclarée exécutoire sur minute.

Le référé a continué d'exister, même pendant la période de droit intermédiaire qui avait cependant vu succomber de multiples règles de procédure. Aussi son utilité l'a-t-il fait passer sans difficultés dans le corps du code de procédure civile où il n'est traité que dans quelques courts articles.

La seule difficulté née à son sujet fut celle du domaine géographique de son application. En fait, c'était, une procédure née et grandie au châtelet de Paris, essentiellement parisienne. Certains voulaient ne pas l'étendre aux autres tribunaux; la solution contraire prévalut. Mais il faut remarquer que si les référés sont actuellement utilisés devant tous les tribunaux civils, c'est à Paris, devant le tribunal de la Seine, qu'après avoir été peu utilisée à son début, cette juridiction s'est affermie et développée, et a été la plus audacieuse.

En outre de l'ordonnance de référé, on connaît encore le jugement de référé qui peut intervenir dans l'hypothèse où le juge des référés, soit se sentant embarrassé, soit désirant faire rendre une décision par une autorité plus incontestée que la sienne, renvoie l'affaire devant le tribunal en « état de référé ». Cette procédure décrite dans le décret du 30 Mars 1808 a donné lieu à une jurisprudence assez abondante ⁽⁴⁾ qui en a consacré la validité.

Certains prétendaient qu'il y avait là un déni de justice, mais il fut facile de leur répondre que leur objection ne tenait pas, que les parties étaient jugées. Au reste, il s'agissait là

(4) Caen, 12 Janvier 1832 S-1832-2-202.
Req. 6 Mars 1834 S-1834-1-152.

de l'application d'un usage constant décrit par l'un des auteurs du code de procédure civile dans un de ses commentaires sur l'ancienne procédure.

D'ailleurs cet usage a dégénéré; le jugement de référé est désuet, et seul existe maintenant le référé qui exige de son juge « une compréhension vive et rapide, la connaissance fort nette « de la jurisprudence sur la matière, une mémoire toujours « présente, un esprit prompt pour suggérer sur le champ au « magistrat une solution juste, et une rédaction courte et claire. »⁽⁵⁾

C'est grâce à de tels magistrats que les six courts articles du code de 1806 (806 à 811) ont pu se prêter à l'organisation d'une juridiction possédant une compétence aussi étendue et aussi variée. Si le Président Debelleye évalue à 8 ou 10.000 le nombre des ordonnances rendues en 1855, ce chiffre monte à 32.506 en 1883, dont 58% soit 19.009 pour le seul tribunal de la Seine (16.553 référés sur placet et 15.953 sur procès-verbaux). Depuis le seul tribunal de la Seine dépasse les chiffres donnés pour toute la France il y a cinquante ans.

En 1934 le nombre des ordonnances de référé rendues par les magistrats du tribunal de la Seine s'est élevé à 37.244 (9.124 sur placets, 28.120 sur procès-verbaux) et en 1935 leur nombre a été de 35.289 (8.612 sur placets, et 26. 677 sur procès-verbaux).

B) — *La procédure.*

Si la fin ne justifie pas toujours les moyens employés, il est néanmoins certain que c'est seulement entre ceux qui permettent d'atteindre cette fin l'homme avisé devra choisir. Comme le but même du référé est de donner une solution, provisoi-

(5) Bourdonnay. Le président du tribunal civil.

re, à une affaire urgente, il est nécessaire que la procédure soit extrêmement rapide, et dépouillée de toutes complications.

Procédure rapide qui ne comprend en principe qu'un acte : l'assignation d'avoir à comparaître à l'audience spéciale du président. C'est la seule formalité que devra remplir le demandeur qui n'aura même pas besoin d'être assisté ni représenté par un avoué — quant au défendeur il lui suffira de se présenter, en personne, lui aussi s'il le veut, pour exposer son point de vue, et le président rendra son ordonnance.

C'est ainsi que dans sa simplicité théorique se présente la procédure de référé en première instance: liberté pour les parties de comparaître elles-mêmes, ce qui est une exception devant une juridiction émanant du tribunal civil — exception devenue d'ailleurs maintenant beaucoup plus fréquente depuis l'application des lois sur les loyers.

Mais à cette simplicité, la pratique est venue, surtout au tribunal de la Seine, ajouter des complications qui, hâtons-nous de le dire n'ont fait que rendre plus accessible, et mieux organisée cette juridiction tellement encombrée actuellement.

C'est ainsi que le nombre important de référés ayant lieu chaque semaine au tribunal de la Seine a conduit à créer des audiences différentes suivant la compétence qui leur est attribuée. Les moins importantes sont celles des référés sur inventaires, où les notaires viennent exposer les difficultés rencontrées au cours de leurs opérations et celles des référés sur scellés, où les greffiers de justice de paix viennent demander la solution des incidents qui peuvent naître au cours de leurs délicates missions.

Il reste alors les deux principales audiences : celle des référés sur procès-verbaux, dits référés d'huissiers, ainsi appelés parce qu'ils ont lieu au moment où l'huissier instrumentant, se prépare à saisir les meubles du débiteur. Celui-ci le requiert de

se « transporter en référé » — pour se voir accorder des délais, ou encore entendre une revendication de propriété faite par un tiers. Chaque jour viennent défiler les débiteurs saisis qui implorent des délais et consentent à être vendus s'ils ne respectent pas les accords intervenus: le développement immense de cette juridiction n'est malheureusement dû qu'à l'abondance des poursuites mobilières développées par la crise qui retire à tant de gens le moyen de payer ce qui leur est le plus nécessaire et surtout le loyer. Ensuite ce sont les référés sur placet dits « d'avoués ». Ce sont ceux-là qui ont donné à la juridiction de référés toute son extension; car si le référé sur procès-verbal n'a comme champ d'action que les difficultés d'exécution, le référé sur placet s'attaque à toutes les autres matières non définies par le code de procédure civile et au sujet desquelles l'appréciation du juge est souveraine, au regard de sa compétence.

Une des caractéristiques de ces derniers référés c'est que pour lui seul, le ministère d'avoué est devenu pratiquement obligatoire pour le demandeur, — En effet dans les autres référés sur inventaires, sur scellés, sur procès-verbaux les parties sont fréquemment présentes; elles-mêmes, ou assistées ou représentées par leur notaire, ou leur huissier; ici au contraire le demandeur se trouve pratiquement, dans la nécessité de se faire représenter par un avoué. L'usage est, en effet, au tribunal de la Seine de régler les audiences de référé en n'y inscrivant les causes que dans la mesure où elles ont été rédigées sur « placet de référé » et déposées au greffe. Comme seuls les avoués de première instance peuvent remplir ces formalités au greffe du tribunal, le demandeur est tenu de s'adresser à un de ces officiers ministériels. Cependant l'assignation ne contient pas de constitution d'avoué ⁽⁶⁾ mais seulement élection de domicile en son étude.

(6) Toulouse 4 Juin 1824 S.-1825-2-105.

D'ailleurs il y a des cas où le ministère d'avoué est strictement indispensable: celui où, vu l'urgence, il y a lieu de solliciter l'autorisation d'assigner d'heure à heure, qui n'est donnée que sur le vu d'une requête au président, signée et présentée par un avoué.

Cela n'est pas la seule anomalie de la représentation des parties en référé où, comme devant toute juridiction d'exception, les parties peuvent se présenter elles-mêmes, ou se faire représenter par un avocat, ou un mandataire muni d'un pouvoir.

Pendant par une exception singulière, remontant à une date fort ancienne, les clercs d'avoués peuvent, sans pouvoir, se présenter en référé pour les clients de leur patron. Ils commettent là un délit, celui de postulation illicite, puisqu'ils ne se présentent pas sous leur nom mais sous celui de l'avoué avec lequel ils travaillent.

La cour de cassation a même jugé le 22 Mai 1837 que les clercs d'avoués n'ont aucun mandat, et que la partie pouvait refuser d'exécuter l'ordonnance, à laquelle elle n'a été ni présente ni représentée, puisque les fonctions d'un avoué sont personnelles, et que son pouvoir ne s'étend pas à ses clercs.

Certains prétendaient que cet usage irrégulier « blessait les conventions, méconnaissait la dignité du magistrat et tendait à de graves abus. »

C'est néanmoins à Paris un usage très ancien, puisqu'en 1855 le président Debelleyne, tenant avec tant d'autorité cette audience des référés — qui lui doit pour beaucoup son développement — écrivait qu'il était « fondé sur la nécessité et (que) « les clercs ont fait pendant près de 30 ans, devant moi preuve « de capacité et de zèle et de convenance dans la défense des « référés, c'est avec justice que je leur donne ce témoignage de « satisfaction. »

Enfin si la nécessité existait déjà en 1855 elle est devenue im-

périeuse à l'heure actuelle, où l'avoué devrait véritablement posséder le don d'ubiquité pour être partout où son devoir l'appelle: aux audiences, aux saisies ou aux criées, aux audiences de loyer. Il faut que ses clerks le suppléent, et qu'ils soient dignes de mériter les bonnes pensées que le Président Debelleyme leur dédiait.

La seule formalité que le défendeur ait d'ailleurs à remplir au cours de référé, est, s'il le désire, de déposer des conclusions qui permettront éventuellement à la Cour d'Appel d'avoir connaissance officiellement de ses prétentions.

Sur cette question de représentation des parties devant la juridiction des référés, il s'est élevé, il y a quelques années, une grande controverse entre l'ordre des avocats du barreau de Paris et la Chambre des huissiers près le tribunal civil de la Seine, auxquels on prétendait interdire l'accès de la barre s'ils n'étaient munis d'un pouvoir.

Cette question qui agita considérablement les membres des corporations judiciaires, a été jugée récemment par la cour de Lyon (22 Juillet 1931 — Sirey 1831-2-194) et par la cour de Paris (2 Juin 1933 — Sirey 1936-2-92). Dans chacune de ces deux espèces une partie soutenait, en outre d'autres moyens, que l'ordonnance de référé sur procès-verbal, prise à son encontre était nulle, motif pris de ce qu'elle aurait été rendue après audition d'un huissier, qui n'avait aucune qualité pour représenter une partie devant le juge des référés sans être muni d'une procuration spéciale. Egalement dans chacune de ces espèces l'ordre des avocats était intervenu pour soutenir cette théorie, comme la chambre des huissiers pour la combattre.

D'un côté on plaidait la liberté de la représentation des parties en référé, puisqu'aucun texte ne détermine à ce propos un monopole en faveur de quiconque. De l'autre côté on prétendait que les huissiers sont écartés de la représentation devant

les tribunaux par la déclaration royale de 1670, l'ordonnance de 1727, l'arrêté de thermidor an II, le décret de 1813, les lois de 1838, 1840; mais que à la rigueur, si on pouvait les admettre à se présenter devant le juge des référés sur procès-verbaux, ce qui est une phase des procédures d'exécution dont ils sont chargés, il ne saurait être question de les admettre devant le juge des référés sur placets.

Les cours de Lyon et de Paris ont fait justice de ces prétentions adverses:

La cour de Lyon a affirmé le principe de l'unité du référé : la loi ne distingue pas le référé sur procès-verbal du référé sur placet. Ce n'est qu'une discrimination pratique d'organisation intérieure des tribunaux, comme il est dit plus haut. Par conséquent les mêmes règles doivent s'appliquer dans les deux hypothèses.

Ceci posé, les deux cours sont d'accord pour reconnaître aux huissiers, comme à toute personne, le droit de se présenter en référé — puisque la loi laisse aux parties la liberté de se faire représenter par un mandataire de leur choix, elles peuvent choisir un huissier — mais elles déclarent qu'il n'est pas dispensé de produire une procuration, et que même le magistrat doit le constater dans son ordonnance pour permettre éventuellement à la cour de cassation de contrôler si les parties ont été valablement représentées.

La cour de Paris se sépare de la cour de Lyon en estimant que
 « l'avocat ne tient pas de son seul titre le pouvoir de représen-
 « ter ses clients en justice; que des lois spéciales ont été nécessai-
 « res pour lui confier ce pouvoir dans certaines matières parti-
 « culières et devant certaines juridictions. on doit noter
 « qu'à ce jour aucun texte n'est venu dispenser de procuration
 « les avocats qui voudraient représenter les parties en référé. »

Il semble bien cependant que la cour de Paris ait été audacieuse dans ses considérations, au point de vue de l'usage. Mais

il est certain que, dans les lois instituant des juridictions d'exception, (en matière de loyers, par exemple) qui sont tenues par des magistrats délégués par le président du tribunal civil, le texte de la loi elle-même prend soin de dire que les avocats seront habiles à représenter les parties sans justifier de procuration.

D'ailleurs après les éclats qui ont provoqué ces décisions, la vie du palais a repris son cours, et il est bien rare qu'un huissier soit invité à justifier d'une procuration.

L'ordonnance, comme toute décision de justice, est l'œuvre du magistrat ou du tribunal qui la rend. Cependant à son sujet il s'est posé une question qui a été assez longtemps débattue : doit-elle, ou non, être motivée?

Certains auteurs prétendaient ⁽⁷⁾ que non, en s'appuyant sur les termes de l'article 141 du code de procédure civile qui ne s'applique qu'à des « jugements » — et en notre matière c'est une « ordonnance » qui est rendue.

A l'appui de l'autre système qui a aujourd'hui prévalu, les auteurs faisaient valoir que la règle générale voulait que les décisions judiciaires fussent motivées. Une ordonnance ne devait pas échapper à cette nécessité par le seul fait de sa dénomination qui ne lui enlevait pas le caractère d'une décision de justice, et d'ailleurs, au titre des référés, dans l'article 809, les rédacteurs du code ont employé le mot jugement pour désigner l'ordonnance, qui doit donc très certainement être motivée.

Il n'est pas suffisant néanmoins pour le plaideur d'avoir entendu prononcer l'ordonnance qu'il avait sollicitée: il faut encore qu'il soit mis en mesure de l'exécuter. Dans les référés sur procès-verbaux l'ordonnance est inscrite à la suite du procès-verbal et l'exécution en est simple. Dans les référés sur placet,

(7) Carré. 1828.

l'exécution peut avoir lieu, soit sur minute en cas de grande urgence, soit après dépôt de l'ordonnance au greffe. A ce propos, il s'est introduit notamment au tribunal civil de la Seine une pratique constante, obligatoire, qui n'est nullement prévue par la loi: la rédaction de ce qu' — improprement d'ailleurs —, on appelle des qualités. Or il paraît certain que, en raison de ce que la présence des avoués n'est pas obligatoire en référé, les articles 141 et suivants du code de procédure sont inapplicables en notre matière, puisque le contrôle qui peut être exercé par l'avoué adverse sur la rédaction des qualités ne peut avoir lieu.

M. Debelcyme estimait (*) que « l'ordonnance est en quel-
« que sorte un procès-verbal de l'exposé de la demande, des faits,
« des motifs, et du dispositif, dont la rédaction appartient au
« président qui doit rapporter, avec une scrupuleuse exactitu-
« de les conclusions, dires et réserves. »

Malgré cette haute autorité l'habitude s'est cependant instaurée de faire rédiger des « qualités de référé » par l'avoué du demandeur, ou plutôt par l'avoué de celle des parties qui a intérêt à lever l'ordonnance pour la signifier, et faire courir les délais d'appel.

Comme je l'ai dit, ce ne sont pas vraiment des qualités, au sens technique du mot, puisque celles-là comportent en dehors du point de fait qui est le rappel de la procédure, un point de droit qui est la position des questions que le tribunal doit résoudre. Ici au contraire ce n'est qu'un sec procès-verbal dans lequel l'avoué expose qu'il a fait assigner telle ou telle partie pour voir dire que, et qu'il signe. Au cas où des conclusions ont été déposées par écrit par le défendeur, l'avoué qui rédige ce « procès-verbal » a soin de les y mentionner. C'est après le dépôt de ces « qualités » au greffe que la grosse de l'ordonnance est délivrée.

(8) Ordonnances sur requêtes et référés. 1855, p. 420.

Enfin, il est à noter qu'au tribunal civil de la Seine l'ordonnance, rendue sur minute par le président n'est presque jamais son œuvre, mais celle des avoués des parties qui se mettent d'accord pour la rédiger, et la soumettre ensuite à la signature du président. Celui-ci n'y apporte de modifications que dans des cas extrêmement rares.

Une fois l'ordonnance rendue et nantie de l'exécution provisoire nonobstant appel et sans caution, il faut l'exécuter, et ceux qui n'ont pas été mis en cause sont en droit d'exiger la présentation des certificats prévus par l'article 548 du code de procédure civile. C'est là encore une raison qui fait que le ministère des avoués est nécessaire dans les référés, puisque le certificat de signification doit être délivré par un avoué, et que c'est seulement à cet officier ministériel que le greffe donnera le certificat de non-appel.

Non susceptible d'opposition aux termes du code de procédure civile l'ordonnance de référé est susceptible d'appel. Sont-ce les mêmes règles de procédure? non pas, car, devant la cour, le ministère des avoués est indispensable, de même que l'est pratiquement l'assistance des avocats pour plaider. Quand l'arrêt est rendu par défaut il est susceptible d'opposition.

Une des premières décisions rendues à ce sujet est celle de la cour de Bruxelles du 7 Août 1807 ⁽⁹⁾ qui s'appuie pour cela sur le fait que l'article 809 prévoit que l'appel sera jugé sommairement et sans procédure et sur celui « que l'opposition étant recevable contre les arrêts par défaut rendus en matière sommaire il ne peut être tiré aucune conséquence de la partie de l'article précité relative à la procédure par devant le juge de première instance, en ce qui doit être pratiqué en instance d'appel. »

(9) Sirey, 1808-2-287.

Cette opinion fut enseignée par la presque unanimité des auteurs et la jurisprudence est cependant restée divisée sur la question — plusieurs cours tenant pour cette même opinion ⁽¹⁰⁾.

La raison donnée en est que si l'opposition est rejetée en première instance, c'est qu'une seule voie de recours doit suffire pour les matières urgentes.

Enfin une pratique et une jurisprudence constantes se sont imposées dans le ressort de la cour de Paris en ce qui concerne les dépens de référé.

Le juge des référés du tribunal de la Seine ne statue jamais sur la question des dépens dans les référés qui lui sont soumis, sauf naturellement dans le cas spécialement prévu par la loi du 24 Février 1872, modifiée par celle de 1902 sur les titres perdus ou volés. L'opinion qui a prévalu à ce sujet se fonde sur ce fait que l'ordonnance n'étant que provisoire, il ne peut y avoir de condamnation aux dépens. Ceux-ci sont en effet mis en principe à la charge de celui qui succombe, et ce serait créer un préjugé que d'indiquer celui qui succombe dans une ordonnance rendue en principe « tous droits réservés ».

Mais alors on s'explique mal comment un arrêt de référé rendu exactement dans les mêmes conditions que l'ordonnance comporte une condamnation aux dépens. C'est que dit-on, surtout quand aucune instance n'est suivie au principal, il y a là une solution qui ne peut plus être réformée, et c'est un moyen d'éviter aux parties d'engager une nouvelle instance pour récupérer le montant de ces frais.

Cette riposte serait tout aussi valable en première instance, et cette différence constitue bien une anomalie, d'ailleurs préjudiciable aux plaideurs, car le coût d'une procédure de référé est assez élevé maintenant, en raison du coût des actes.

(10) Bourges 9 Novembre 1870 S-1871-2-47.

Amiens 4 Mars 1874

S-1874-2-109.

En somme, de cette procédure volontairement dépouillée de toutes formes, librement accessible à tous, la pratique a réussi à faire une procédure comme toutes les autres, avec ses règles et ses obligations. La plus essentielle est la représentation, pratiquement obligatoire devant le tribunal de la Seine, du demandeur par un avoué. Mais il ne faut pas hésiter à le dire, c'est grâce à cette nécessité que l'institution du référé a pu prendre tout son développement. C'est elle qui l'a guidé et soutenu, car si le référé avait été remis entre les mains inexpérimentées des plaideurs eux-mêmes, il n'aurait pu connaître les innovations et le développement que les praticiens du palais ont su lui apporter.

C) — *Les conditions d'exercice.*

La juridiction des référés étant d'exception, il faut, pour s'adresser à elle, remplir les conditions dans lesquelles le code de procédure a voulu qu'elle puisse fonctionner.

Ces exigences sont indiquées dans les articles 806 et 809 du code de procédure civile ou il est fait mention de *l'urgence*, de décision *provisoire*, et d'*absence de préjudice au principal*.

Il est nécessaire que la demande formulée devant le juge des référés puisse répondre aux trois conditions sans lesquelles le juge sera fondé à renvoyer les parties à ce pourvoir devant le juge de droit commun. Sans elles ne sera pas admise une procédure qui ne se déroulera pas suivant les formes consacrées et les garanties qui y sont attachées.

Ces conditions ne constituaient pas d'ailleurs des nouveautés en 1807. Elles étaient exigées dès la fin du XVIII^{ème} siècle par l'édit et l'arrêt de règlement qui avaient officiellement donné sa forme au référé du lieutenant civil. Cependant nous allons voir que si, après l'évolution subie par le référé, nous retrouvons

encore ces trois conditions, elles ne sont plus comprises de la même manière qu'au moment de l'application de notre code. Les étiquettes sont restées les mêmes, les substances ont changé; car la notion d'urgence s'est amenuisée et si l'ordonnance rendue est bien toujours provisoire et ne porte pas préjudice au principal il faut reconnaître que la nuance est devenue délicate, fugitive, et que souvent les ordonnances de référé jugent des questions paraissant bien réservées au juge de fond.

1) — *L'urgence.*

Il y eut cependant au début d'assez nombreuses discussions pour savoir ce qu'il fallait entendre sous le mot « urgence ». L'exposé des motifs du code leur répondait cependant par avance en disant que « quelques personnes ont pour crainte qu'il ne
« fût trop facile d'abuser des cas d'urgence dont parle la pre-
« mière partie de l'article 806 et de faire porter sous cette
« dénomination à l'hôtel du président ou à l'audience des ré-
« férés dont parle l'article 807 des contestations qui devraient
« être portées à l'audience ordinaire du tribunal ; nous croyons
« que cette inquiétude n'est pas fondée et que sans parler de la
« large nomenclature des cas prévus par l'édit de 1685, la loi
« s'explique assez clairement en n'attribuant à l'audience des
« référés que les cas d'urgence — le discernement et la probité
« du président et du juge délégué feront le reste. Renvoyant à
« l'audience les causes qui ne seraient portées à l'hôtel que par
« une indiscrete et avide précipitation, il n'hésitera point à pro-
« noncer sur celles auxquelles le moindre retard, ne fut-il que
« de quelques heures, peut causer un préjudice irréparable. »

Mais au début du 19ème siècle quand la pratique de référé est encore hésitante, certains veulent trouver la limite de l'urgence (11), non dans l'esprit du juge, mais dans la lettre même

(11) Billard. Réréfés 1832.

du code de procédure, prétendant retrouver dans ses articles la définition des matières urgentes.

Cette opinion est cependant vite abandonnée, et M. Debelley-me en fait une vive critique dès 1855. Il montre que ce qui est visé dans ces articles est, ou bien quelque chose qui nécessite une décision au fond, dans une instance principale, ou bien une indication particulière qui ne peut être considérée, même dans l'ensemble, comme la liste énumérative des cas de référés.

Il est d'ailleurs certain que, en dehors des cas prévus par le texte même du code, comme étant urgents, il peut y avoir nombre d'autres espèces qui méritent d'être soumises à la juridiction des référés, et qui peuvent l'être. Autrement on ne s'expliquerait pas les termes de l'article 806 « *dans tous les cas d'urgence.* » La véritable difficulté consiste à faire le départ entre la notion d'urgence et celle de célérité. Dans une cause qui requiert célérité, le plaideur peut demander à être jugé plus vite que la norme ne le permettrait, mais il n'est pas fondé à solliciter d'une juridiction d'exception une ordonnance donnant immédiatement un résultat provisoire.

Le juge des référés doit d'ailleurs constater dans son ordonnance « qu'il y a urgence » pour justifier sa compétence, et c'est lui seul qui peut apprécier, comme juge du fait, les raisons qui le motivent. En matière d'expertise, il y a souvent urgence; mais théoriquement il suffirait dans bien des cas d'employer la procédure ordinaire car l'urgence qui fait craindre des malheurs irréparables n'est pas manifeste. Cependant comme cette mesure ne cause de tort à personne, puisque faite, tous droits réservés, elle est toujours ordonnée, aux frais du demandeur qui est tenu d'avancer les dépenses qu'il provoque ainsi.

C'est ainsi que, notamment au tribunal de la Seine, la notion de l'urgence s'est pour ainsi dire amenuisée au point d'avoir

perdu son véritable sens, qui était d'empêcher les plaideurs « avides de précipitation » d'envahir l'hôtel du président ou l'audience des référés. Aussi quand une ordonnance décide qu'il n'y a pas lieu à référé, parce qu'il n'y a pas urgence, c'est que le magistrat estime surtout que la mesure sollicitée est inutile ou mal justifiée: ce n'est qu'un argument d'appoint pour sa décision de rejet.

C'est là certainement une utilisation pratique qui rend de grands services puisqu'elle permet immédiatement des mesures d'instruction et de constatations que la procédure ordinaire ferait attendre trop longtemps. Mais, permettre ces mesures n'est pas juridiquement le but du référé puisqu'il était de venir au secours des cas d'urgence et d'éviter l'irréparable.

Il est vrai qu'une des causes de cette extension doit être recherchée dans la lenteur de la procédure devant les grands tribunaux, où les jugements préparatoires ou interlocutoires finissent par n'être plus rendus qu'après un séjour prolongé des instances au rôle. Si la partie du décret du 30 Mars 1808 relative à la tenue des audiences avait été mieux observée, il n'aurait probablement pas été besoin d'autant recourir à cette procédure en marge de la règle, puisque les demandes d'expertise auraient pu recevoir une solution dans le début de chaque audience, début qui leur était expressément réservé.

2) — *L'absence de préjudice au principal.*

L'autre condition mise à l'exercice de la juridiction des référés est l'interdiction de porter préjudice au principal, au fond du droit, dont aura éventuellement à connaître le tribunal de droit commun. C'est la règle posée par l'article 809 du code de procédure civile « Les ordonnances sur référé ne feront au-
« cun préjudice au principal. » Tel est le principe, nous verrons que l'application s'en éloigne un peu.

En réalité, faire rigoureusement observer cette règle, c'est cantonner le juge des référés dans une sphère bien étroite puisqu'on lui défend de ne rien dire qui puisse porter atteinte au principal, et que, en même temps, on l'oblige à motiver son ordonnance. Tout est bien quand il peut se borner à dire que la mesure sollicitée est injuste, mais souvent il lui faut choisir entre deux thèses construites par des adversaires qui soutiennent les mêmes questions de droit que celles qui seront débattues plus tard devant le tribunal. Quel sera alors le devoir du magistrat? La seule notion formulée par le code pour le guider ne peut plus lui suffire, il lui faudra analyser ce qu'on lui demande de dire.

Il peut certainement constater un accord, un aveu ou un consentement, car ce n'est pas alors le magistrat qui prend une décision. Il ne fait que prendre note de ce qui lui est dit, et les parties sont alors maîtresses de leurs dires.

En outre de cela il est indispensable de ne pas nuire « au principal ». La cour de cassation eut pour la première fois à se prononcer en 1874 sur la question dans une affaire Lucas contre Clère. Clère avait vu saisir arrêter ses appointements pour la garantie d'une créance assez considérable qui immobilisait alors la totalité de ce qui devait lui être régulièrement payé. Il sollicita du président du tribunal l'autorisation de toucher provisoirement à titre d'aliment une partie de ses salaires saisis-arrêtés; une ordonnance conforme, fondée sur l'urgence, fut rendue.

Lucas fit appel de l'ordonnance, prétendant que le juge avait porté atteinte au principal qui était saisi par la demande en validité et que dès ce moment le juge des référés devenait incompétent, ne pouvant statuer sans préjudicier au principal.

La cour confirma l'ordonnance et Lucas se pourvut en cassation, prétendant en outre que le juge des référés avait tranché une question de fond en prenant parti sur le caractère alimentaire du salaire de Clère.

Le conseiller rapporteur soutint que la condition prétendument violée veut seulement que l'ordonnance rendue ne puisse avoir de l'influence sur le principal, c'est-à-dire que le sens dans lequel elle a été rendue ne pourra influer sur la décision des juges du fond. Il est sûr, fait-il remarquer, que de telles ordonnances pourront causer des dommages irréparables, par exemple en empêchant un créancier de recevoir l'intégrité de ce qui lui est dû, mais ce n'est pas ce qui est en jeu. Il ajoute que ces pouvoirs sont immenses, mais indispensables, à moins d'aboutir à un déni de justice.

La cour suivit son conseiller rapporteur et jugea que le président avait qualité pour prescrire à titre provisoire une mesure de nature à causer, peut-être, à l'une des parties un dommage irréparable en fait.

En l'espèce elle a admis que c'était une mesure extrêmement urgente que d'autoriser de toucher des sommes à titre alimentaire. La jurisprudence a ainsi heureusement défini la pensée des rédacteurs du code: la décision du juge des référés quelle qu'elle soit ne pourra lier les juges du fond.

C'est ainsi qu'il lui sera toujours loisible d'ordonner une expertise, des constats, des dépôts, de nommer un séquestre. Sa décision ne lie pas le juge de droit commun. Mais bien souvent il arrivera que son ordonnance provoque des conséquences irréparables en fait.

La notion de l'absence de préjudice au principal est en effet fragile. C'est le seul fait d'une distinction juridique qui peut faire dire qu'il n'est pas fait préjudice au principal quand un dommage en fait irréparable a été causé. Si des dommages-in-

térêts peuvent être alloués dans ce cas, ils ne représentent jamais la réparation totale du préjudice. C'est en partie pour cette raison que certains ont voulu que le juge des référés ait des pouvoirs plus étendus. En 1912, un projet de loi déposé par M. Cruppi, alors ministre de la justice, proposait de permettre au juge des référés de statuer au fond si les parties y consentaient. C'était là une évolution tendant à la constitution, en fait, du juge unique.

Si cette tendance continue encore à se manifester actuellement, ce n'est que pour des juridictions d'exception : loyers, fonds de commerce ⁽¹³⁾. Mais la législation française s'est jusqu'ici refusée à admettre la conception du juge unique en matière de droit commun, comme le serait par la force des choses, le juge des référés, qui exerce une juridiction d'exception.

Néanmoins si la législation ne permet pas au juge des référés de statuer sur le fond, il prend à cet égard des libertés de plus en plus grandes.

Il est commode de prendre comme exemple les questions de loyers, parce que la notion de préjudice au principal, et de préjudice irréparable y est peut-être le plus facilement sentie. En effet, quand un locataire est expulsé, surtout s'il s'agit d'un locataire commerçant, il y a pour lui un dommage que le versement d'une somme d'argent ne pourra pas combler. Il faut compter avec les éléments si variables, et si complexes de la location commerciale que cette somme d'argent ne permettra pas de retrouver; si même elle permet au locataire de s'installer à nouveau dans des conditions presque apparemment semblables.

C'est cependant dans ce domaine que la juridiction des

(13) Loyers. Propriété commerciale. Loi des 30 Juin 1926, 13 Juillet 1933.

Réduction de loyer. Décret-loi 8 Août 1935.

Fonds de commerce. Loi du 29 Juin 1935.

référés a pris une importance considérable. En effet le juge des référés se déclare compétent pour prononcer une expulsion quand, en l'absence d'un contrat de location, il n'y a pas garnissement suffisant ou sûretés susceptibles d'apaiser le bailleur ; si le dommage alors causé peu. être irréparable, il n'y a pas de préjudice au principal, puisqu'il ne peut pas y avoir d'instance au principal. (Requêtes 19 Octobre 1908 S-1908-2-519).

Mais la solution change quand il y a un bail écrit. Le juge peut-il encore prononcer une expulsion sans se faire juge d'une question de fond? Oui, répond la cour de cassation (7 Mars 1934 GT-1934-1-882) si le locataire ne justifie pas qu'il puisse arguer d'une contestation sérieuse, contestation dont la cour de cassation se réserve le droit d'examiner si elle est réellement sérieuse ou non. Peut-on encore admettre cette solution quand le bail en question ne contient pas de clause résolutoire permettant conventionnellement au juge des référés de prononcer une expulsion pour tel ou tel motif?

C'est une question que la doctrine et une partie de la jurisprudence résolvent par la négative. Notamment la cour de Paris, a récemment décidé (14 Mars 1932 Rev. Loyer 1932-539) que seul le tribunal civil pouvait être compétent pour connaître d'une telle question. Cependant la cour de cassation a été saisie d'un pourvoi dirigé contre un arrêt, confirmant une ordonnance de référé, qui avait ordonné une expulsion alors que le bail qui ne contenait pas de clause résolutoire n'avait pas été résilié par le juge du principal.

Le 2 Décembre 1935 la chambre des requêtes a jugé (Gaz. Pal. 1936-1-273) que le juge des référés était resté dans les limites de sa compétence en relevant que les lieux loués étaient insuffisamment garnis, et en renvoyant les parties à se pourvoir. Il réservait leurs droits et moyens et ordonnait l'expulsion au cas où le locataire ne se serait pas libéré dans le délai imparti.

La cour de cassation a donc achevé le raisonnement jusqu'à sa limite en disant que du moment que les droits de chaque partie étaient réservés au fond, il était loisible au juge, en l'absence d'une contestation sérieuse, et, vu l'urgence, de rendre une décision provisoire ordonnant l'expulsion, même en l'absence d'une clause résolutoire.

Les conséquences — dans lesquelles nous n'avons pas à entrer — sont assez curieuses. — Puisque le bail n'est pas résilié — car seul le juge du fond pourra prononcer la résiliation — le locataire expulsé continue à être titulaire du droit au bail, et continue à être tenu de ses obligations de ce chef, notamment au paiement de son loyer, etc...

Il est donc bien certain en l'état actuel de notre jurisprudence que le juge des référés jouit d'un pouvoir très large et que le « principal » dont on fait, en référé, un épouvantail, n'est pas ce qu'on pourrait croire qu'il est.

En effet il est fréquent qu'aux audiences de référés on entende « Monsieur le président vous ne pouvez pas statuer, le « principal est saisi », ou bien « vous portez préjudice au principal ». Il y a là une synonymie et une ambiguïté de termes dont chacun se sert dans la mesure ou cela peut lui être utile. mais dont les magistrats ne sont pas dupes. Certainement l'ordonnance de référé peut causer un préjudice au principal si c'est traduire par là un dommage irréparable comme l'expulsion dont nous parlions plus haut, mais ce ne peut être qu'un dommage de fait. La question de droit restera toujours entière, quel que soit le sens de l'ordonnance, et c'est de cette question de droit que le tribunal pourra être saisi et c'est celle-là qu'il pourra juger.

En effet jamais un tribunal ne se considérera comme lié par les termes d'une ordonnance de référé, mesure provisoire, qui réserve les droits des parties et qui aux termes de la loi ne peut

préjuger du fond. Par conséquent si les termes d'une ordonnance semblent préjuger, ce ne peut être qu'une apparence, puisqu'ils ne peuvent pas constituer un préjugé. Il reste cependant la question de savoir si le juge des référés peut bien statuer quand le tribunal est déjà saisi, et si on peut aller en référé, en cours d'instance.

D) — *Le référé en cours d'instance.*

La question est délicate, car dans ce cas le principal est bien saisi, ce n'est pas une éventualité. Dans cette hypothèse, la pratique a longtemps hésité avant de s'engager dans la voie du référé et elle a préféré la procédure de l'incident qui, venant rapidement à l'audience, donnait une solution aux problèmes urgents.

Dès 1860, un arrêt de la Chambre des requêtes du 17 Mars (D. 61-1298) disait que le juge des référés est compétent pour décider s'il doit ou non être passé outre à la continuation des poursuites de saisies exécutions pratiquées, même en vertu d'un arrêt de cassation. Il peut sans méconnaître l'autorité qui s'attache à ces arrêts, ordonner cette discontinuation, quand, au moment du référé, une instance en validité d'opposition à commandement, antérieur à la saisie, est portée devant le tribunal.

Cependant en 1871-1872 il se trouve quatre ordonnances de référé (D-72-2-161) qui ne s'arrêtent pas à ces obstacles. Elles sont d'ailleurs infirmées par quatre arrêts de cours d'appels (même référence) qui décident qu'il n'appartient pas au juge des référés de statuer sur une demande se rattachant à l'instance pendante devant le juge du principal. Il n'y a pas lieu à expertise pour vérifier les dommages causés par un incendie, quand une demande tendant à l'exécution du contrat d'assu-

rance est pendante devant le tribunal. En outre la cour de Paris se servait comme argument de ce que le référé n'était pas exempt de la litispendance. Elle ne distinguait pas qu'il y avait seulement connexité, que d'autre part ce n'était pas la même demande, et qu'enfin il y avait urgence, tous motifs justifiant le référé, et qui à cette époque étaient injustement appréciés.

Puis sont apparues des solutions transactionnelles qui ont voulu distinguer suivant le degré d'urgence dont les parties pouvaient alléguer, tout en posant le principe que, du moment qu'une instance était engagée, il n'y avait plus urgence. Il fallait donc justifier d'une extrême urgence. (Paris 18 Juin 1894 S-1896-2-38. Requêtes 27 Octobre 1903 S-1904-1-337 D-1903-574) ou d'un événement nouveau imprévu sur lequel le tribunal ne serait pas appelé à statuer.

C'était une amélioration sensible. Mais ce principe étant admis, la doctrine et la jurisprudence elles-mêmes se divisèrent sur le point de savoir jusqu'à quel moment de la procédure au principal les parties pouvaient aller en référé. Certains penchaient pour l'admettre seulement jusqu'à la comparution du défendeur, d'autres jusqu'à la mise en état. La cour d'Alger plus libérale admettait (14 Décembre 1892 D-1893-2-531) que cette procédure était possible jusqu'au jugement.

Enfin dans un arrêt de la chambre civile du 4 Mai 1910 on retrouve des motifs qui, s'inspirant des indications de l'auteur qui avait rédigé la note du Sirey, sous l'arrêt de la chambre des requêtes du 27 Octobre 1903, estime « que les termes « généraux de cette disposition ne permettent pas de sous-
« traire à son application le cas où les parties sont déjà en-
« gagées dans un litige devant les juges du fond, qu'il suffit
« que le juge des référés constate expressément l'urgence et

« que les mesures ordonnées par lui ne fassent pas préjudice
« au principal ».

En somme, il suffit actuellement, pour ne pas violer l'article 809 du code de procédure civile qu'il n'existe pas de contestation sérieuse touchant au fond du droit, et la mesure sollicitée ne doit pas pouvoir faire disparaître la preuve ou l'objet d'un droit sérieux, la matière d'un procès et d'un jugement à venir.

C'est ainsi que le juge des référés peut prendre des mesures provisoires au cours de l'instance; comme autoriser la photographie d'un testament qui fait l'objet d'une instance en nullité (Toulouse 14 Novembre 1892 S11893-2-36 D-1893-2-578). Une question plus controversée est celle de savoir s'il peut ordonner des enquêtes à futur. Si la cour de cassation l'admet (Req. 5 Avril 1927 G. Pal. 1927-2-225), de nombreuses cours se refusent à sanctionner cette procédure (Douai 13 juin 1906 D-1910-S-22). Il peut cependant bien se rencontrer les conditions exigées pour le référé, l'urgence notamment. Par exemple une partie veut faire entendre un témoin qui va partir pour un long voyage, ou dont l'âge ou l'état de santé peut laisser prévoir une fin prochaine. D'autre part cette enquête aurait lieu devant un magistrat délégué par le président, comme celle qui est prévue par le code de procédure civile. Mais c'est justement sur ce point que viennent triompher les adversaires de l'enquête ordonnée par le référé: la loi a prévu un certain nombre de modes de preuve, et les a réglementés, on ne peut en accroître le nombre, ou en modifier la forme.

Quoi qu'il en soit, il ne semble pas que dans la jurisprudence des référés du tribunal civil de la Seine, il se trouve des cas d'enquête à futur ainsi ordonnée.

C'est pendant une instance de séparation de corps ou en divorce qu'il peut se poser un certain nombre de problèmes ur-

gents et provisoires. Le juge des référés pourra-t-il connaître des demandes en changement de résidence, en modification de garde d'enfants, en paiement de pensions alimentaires, ou sera-ce réservé au tribunal?

La cour de cassation admet que toutes ces questions soient soumises au juge des référés (Cic. 29 Mai 1922 D-1925-1-214). Il faut cependant remarquer que, en raison de ce que le juge des référés ne peut prononcer de condamnations, les ordonnances disent seulement, en matière de pension alimentaire que le père « sera tenu » de verser une somme de...

L'opinion contraire avait cependant été soutenue par des auteurs comme MM. Aubry et Rau (ed. Bartin tom VII P. 323) et M. le président Aubépin qui estimait que seul le tribunal, une fois saisi de la demande, était compétent pour connaître de ces incidents. Si cette opinion est plus juridique, car il n'y a pas lieu de dissocier à l'infini les éléments d'une même cause, il est cependant heureux que la pratique l'ait emporté dans le sens favorable aux référés. Les problèmes qui se posent dans ces circonstances ont le plus souvent un caractère pénible qu'il convient de faire cesser au plus tôt, dans l'intérêt des parents, aussi bien que dans celui des enfants. Ils présentent un caractère d'urgence considérable, car c'est fréquemment à des événements proches qu'il faut pouvoir faire face.

D) — *Quelques cas de création jurisprudentielle et de pratique en matière de référé.*

Si, de quelques articles du code de procédure il a pu surgir une technique qui ne paraissait pas pouvoir y exister, il est encore plus extraordinaire que cette procédure ait pu créer des règles de droit nouvelles. C'est ce qui apparaît quand on étudie le développement du référé en matière de saisie-arrêt.

Au début du XIX^{ème} siècle, la jurisprudence a pris parti contre cette intrusion du référé en cette matière, en prétendant qu'en l'espèce un préjudice était porté au principal (Paris 6 Juin 1811 S-1811-2-470). Les arrêts estiment qu'en donnant une main-levée totale ou partielle le juge des référés empiète sur les pouvoirs du juge du fond, et donne une solution définitive au débat.

Mais en dehors des cas dans lesquels la loi donne compétence au juge des référés pour donner main-levée d'opposition (notamment pour les titres perdus ou volés loi du 15 Juin 1872 — modifiée par celle du 8 Février 1902 fonds de commerce 17 Mars 1909 — Chèques 14 Juin 1865 — 12 Août 1926) il est apparu que, en l'absence d'une contestation sérieuse, ou si par exemple la saisie était manifestement nulle ⁽¹⁴⁾ ou si le saisi n'est pas débiteur du saisissant ⁽¹⁵⁾, il serait utile et juste que le juge des référés puisse donner l'autorisation de toucher, nonobstant la saisie-arrêt pratiquée. Cependant la jurisprudence estime que ce n'est plus possible quand le principal est saisi. Il reste alors le moyen technique qui consiste à demander, non pas l'autorisation de toucher malgré la saisie-arrêt, mais le cantonnement de cette saisie-arrêt à une somme modique de un franc par exemple.

C'est à propos de ce cantonnement d'ailleurs que la pratique et la jurisprudence se sont livrées à une création qui a reçu la consécration législative tant son utilité se faisait sentir.

Il paraît étrange qu'une saisie-arrêt pratiquée pour une somme déterminée bloque le montant total de la créance saisie, à quelque chiffre qu'elle puisse s'élever. C'est une conséquence du

(14) Paris 8 Mars 1892 D-1893-2-327.

Nancy 18 Février 1921 S-1922-2- 47.

Douai 2 Mars 1929 S-1929-2-172.

(15) Paris, 15 Décembre 1926. D-1927-2-57 note.

principe fondamental de notre droit que nul ne peut se créer de privilège à soi-même, ce qui arriverait nécessairement si la saisie-arrêt avait pour effet de bloquer au seul profit du saisissant les sommes saisies-arrêtées. Si ce système présente des avantages pour le saisissant en ce sens qu'il permet de bloquer des sommes très supérieures à ce qui lui est dû, il a des inconvénients. Si d'autres saisies-arrêts sont faites entre les mains des tiers saisis, chaque saisissant viendra en concours au prorata du montant de sa créance.

C'est pour échapper à cet inconvénient que depuis longtemps — puisque ce système fut déjà employé à l'occasion des saisies-arrêts pratiquées sur les indemnités dues aux Emigrés sous la Restauration — la jurisprudence imagina l'« affectation spéciale ».

Ce système permet au saisi d'avoir la libre disposition des fonds saisis arrêtés en affectant à la créance du saisissant une somme suffisante pour sa garantie. Il peut s'analyser soit comme une cession sous condition de la validité de la saisie, soit comme une délégation imparfaite.

C'est d'abord dans l'ordonnance même autorisant la saisie-arrêt, que le président prévoyait l'affectation spéciale. Mais comme il était nécessaire que cette mesure pût avoir lieu même quand cette saisie-arrêt était faite en vertu d'un titre, le tiers saisi demandait qu'une ordonnance de référé soit rendue.

Cependant un arrêt en sens contraire de la cour de Paris du 14 Juin 1824, décidait que « l'offre d'une délégation conditionnelle de deniers mobiliers saisis par un créancier, ne dessaisissant pas le débiteur qui la consent, ne peut empêcher les autres créanciers de celui-ci de former opposition sur les mêmes deniers, qu'ainsi on ne peut conférer par voie du jugement un privilège conditionnel qui deviendrait nécessairement caduc par la survenance de nouvelles oppositions ».

La jurisprudence n'a pas suivi ce raisonnement et comme l'expliquait M. Tissier dans sa note sous des arrêts de la cour de Paris des 13 Août et 6 Novembre 1895 rapportés au Sirey 1898-2-73, cette affectation spéciale est possible en droit si les parties sont d'accord.

En effet, en dehors du magistrat le créancier saisissant et le saisi peuvent faire toutes les conventions qui leur paraissent utiles à leur intérêt, une cession, une délégation, un gage ou un dépôt. En l'espèce le juge n'intervient pas alors pour « ordonner » une consignation, mais constater l'accord qui se fait entre les parties à ce sujet.

Si au contraire il n'y a pas accord des parties, le juge ne peut plus alors prendre de décision ordonnant une affectation spéciale: il lui est en effet impossible d'imposer à une quelconque des parties l'obligation de passer un des contrats envisagés.

Par conséquent puisqu'il faut un accord des parties, il ne peut y avoir de décision prise « ordonnant » l'affectation spéciale, ni par le juge qui a répondu la requête aux fins de saisie-arrêt, ni par le juge du fond, ni par le juge des référés. Ce n'est pas parce que ces magistrats seraient incompétents pour le faire, mais bien parce qu'il s'agit d'une mesure illégale.

Dans l'une des espèces à propos de laquelle M. Tissier a rédigé sa note, la cour a infirmé l'ordonnance d'affectation spéciale parce qu'elle avait été rendue malgré la contestation du créancier saisissant. Dans l'autre les parties étaient venues soutenir devant la cour que c'est à tort que l'ordonnance avait constaté leur accord qui n'avait jamais existé.

La cour de Paris a alors jugé que les ordonnances devaient être infirmées parce qu'elles « préjudiciaient au principal », et elle a ainsi commis une erreur de motif, puisque de l'analyse juridique de M. Tissier il ressort bien que c'est en raison de leur illégalité que les ordonnances entreprises devaient être infir-

mées. C'est en ce sens que la jurisprudence était dès lors établie et était consacrée à nouveau par un arrêt de la chambre civile du 6 Mars 1901 (S-1903-1-213).

Mais malgré l'imperfection de ce système — il ne pouvait d'ailleurs en être autrement dans l'état de la législation — cette construction jurisprudentielle rendait les services les plus considérables. Elle permettait de donner satisfaction aux créanciers, tout en donnant aux débiteurs saisis la faculté de disposer du surplus des fonds frappés d'opposition, à condition qu'intervînt un accord auquel on arrivait assez aisément, en raison de l'intérêt commun.

Les efforts de la pratique et de la jurisprudence pour créer une affectation spéciale au profit du créancier saisissant, et permettre au débiteur saisi de disposer de l'excédent — mesure intervenant donc dans l'intérêt bien compris de chacun — devaient aboutir à une consécration législative. Une loi seule pouvait parachever l'œuvre des tribunaux en faisant de cette possibilité, qui dépendait toujours d'un accord, une faculté dont l'initiative ne pouvait appartenir qu'au débiteur saisi.

C'est bien ce que dit la loi du 17 Juillet 1907 incorporée au code de procédure civile, dans l'article 567 qui ne traitait autrefois que du tribunal compétent pour connaître de la demande en validité, et de la demande en main-levée.

Cet article dit qu' « en tout état de cause et quelque soit l'état » de l'affaire la partie saisie-arrêtée pourra se pourvoir en référé, afin d'obtenir l'autorisation de toucher du tiers saisi, notwithstanding l'opposition, à la condition de verser à la Caisse des Dépôts et Consignations, ou aux mains d'un tiers commis à cet effet, somme suffisante arbitrée par le juge des référés pour répondre éventuellement des causes de ladite saisie-arrêt dans le cas où le saisi se reconnaîtrait ou serait jugé débiteur. « Le dépôt ainsi ordonné sera affecté, spécialement aux mains

« du tiers détenteur à la garantie des créances pour sûreté par
« suite desquelles la saisie-arrêt aura été opérée, et privilège ex-
« clusif de tout autre leur sera attribué sur le dit dépôt ».

Ainsi depuis cette loi la partie saisie est toujours fondée à demander le cantonnement avec affectation spéciale. Il n'est plus besoin du consentement du créancier pas plus pour le principe que pour le quantum de la somme qui est « arbitrée » par le président.

Pratiquement, elle est arbitrée à une somme légèrement supérieure au montant du principal de la créance, en raison des intérêts et frais, quand la saisie-arrêt est pratiquée en vertu d'un titre. Quand elle est pratiquée en vertu d'une ordonnance, celle-ci contient déjà une évaluation d'« accessoires » faite par le magistrat qui a répondu la requête. C'est le plus souvent ce chiffre qui est adopté par le juge des référés, quelquefois un chiffre inférieur quand il estime l'évaluation un peu largement faite. Il arrive même qu'il arbitre la somme à consigner à une somme nettement supérieure à celle pour laquelle la saisie-arrêt a été autorisée (affaire de Sa c. Prat ordonnance de la Seine du 21 Février 1935) estimant que l'ordonnance avait exagérément diminué le chiffre proposé par le requérant.

En raison de l'avantage considérable que présente pour un créancier, normalement sans privilège, de pouvoir bénéficier d'une telle sûreté, certains ont voulu pousser plus loin les garanties que le saisissant peut voir ordonner à son profit. Si pensait-on, la partie saisie a le droit, conformément à la loi, de se pourvoir en référé pour voir ordonner le cantonnement avec affectation spéciale, son créancier peut, en cas de défaillance de sa part exercer ce droit dans les termes de l'article 1166 du code civil. C'est bien un droit pécuniaire, et qui n'est pas exclusivement personnel.

Ce procédé technique, habile sans aucun doute, présentait le

grand avantage que le créancier obtenait à son profit une affectation spéciale même quand le débiteur n'utilise pas cette procédure quand la saisie-arrêt ainsi pratiquée ne le gêne pas d'une manière absolue. Même alors il peut pour se jouer du saisissant, faire pratiquer par d'autres créanciers plus ou moins réels, d'autres saisies-arrêts qui viendront en concours sur le montant des sommes saisies arrêtées.

Malheureusement pour les créanciers, la cour de cassation n'a pas cru devoir approuver ce procédé ⁽¹⁶⁾ et, à plusieurs reprises, elle a condamné ce moyen. Le motif est que, s'il est bien vrai que le créancier peut exercer les droits de son débiteur, il est encore plus vrai que, dans notre droit, nul ne peut se créer de privilège à soi-même; c'est exactement à cela qu'aboutissait cette procédure.

Il faut donc renoncer à ce perfectionnement suprême et s'en tenir au seul cantonnement de la loi, née de la pratique et de la jurisprudence. Il est d'ailleurs d'un usage extrêmement fréquent et quand une saisie-arrêt n'est pas suivie d'un référé il y a bien des chances pour qu'elle n'ait pas bloqué des sommes ou des objets importants. Quand à l'audience des référés le débiteur qui a demandé le rapport de l'ordonnance sent qu'il ne l'obtiendra pas, il formule oralement, comme il en a le droit, une demande de cantonnement qui ne peut lui être refusée.

A un autre point de vue la pratique et la jurisprudence ont devancé et préparé l'action de la loi, quand le juge des référés autorisait le débiteur saisi à toucher à titre alimentaire, certaines sommes arbitrées par lui, sur le montant des sommes saisies arrêtées. C'est ce qu'est venu rendre officiel et légitime, la loi du 4 Août 1930 qui indique dans quelles proportions les effets d'une saisie-arrêt sur des appointements ou salaires doivent être

(16) Civ. 9 Juillet 1934 S.-1934-1-325.

3 Décembre 1934 S-1935-1- 54.

cantonnés pour laisser au débiteur saisi la possibilité de subsister avec sa famille.

En somme cette procédure du référé peu ou pas organisée par le code de procédure qui se borne à reprendre quelques principes de l'ancien droit, a connu une véritable construction et un développement considérable au cours du XIX^{ème} siècle. L'étendue de sa compétence tend encore à s'agrandir puisque tout récemment (Lois du 26 Mars et du 20 Août 1936) l'article 1244 du code civil a été modifié et donne compétence au juge des référés, pour accorder des délais aux débiteurs malheureux et de bonne foi, et ce en toute matière, même hypothécaire, même quand le créancier est le Crédit Foncier, à condition cependant pour ce dernier cas (article 2 de la loi du 26 Mars 1936) que les délais n'excèdent pas un an.

Ce développement est dû naturellement pour une grande part aux conditions nouvelles de la vie sociale mais aussi, il ne faut pas l'oublier, à la hardiesse, et à la compétence des magistrats qui ont su rendre les ordonnances qu'il fallait, sur les demandes qu'avaient su préparer les avoués qui possèdent certainement en cette matière une expérience que nul ne saurait, avec profit, leur disputer.

CHAPITRE II

ORDONNANCES SUR REQUETES

Nous avons vu, à propos du référé, que le président du tribunal civil exerce une juridiction qui lui est propre. En cette matière, il siège en audience publique, dans d'autres cas, par exemple en matière de loyers, il siège en chambre du conseil. Mais dans ces hypothèses il statue sur des questions qui lui sont soumises en présence des deux parties. Il y a encore un domaine de son activité qui est plus secret et plus particulier : il est alors dans son cabinet, et n'écoute les explications que d'une partie. Il répond des requêtes qui lui sont présentées par les avoués.

L'édit du roi de 1685 « en forme de règlement pour l'administration de la justice au Châtelet de Paris » prévoyait déjà (1) que « lorsqu'il s'agira de. . . et autres matières qui requièrent célérité, le lieutenant civil pourra permettre d'assigner les parties à un délai plus bref que ceux portés sur le troisième titre de notre ordonnance du mois d'Avril 1667 ».

C'est bien là le système de l'ordonnance rendue sur requête

(1) Article 7.

dont le domaine ne devait pas tarder à s'étendre, et dont la nature et la procédure ont provoqué de nombreuses discussions.

Son application était déjà prévue par de nombreuses lois, par le code de procédure lui-même: autorisation d'assigner à bref délai (art. 49 par. 3), autorisation de pratiquer une saisie-arrêt (art. 558), une saisie-forcaine sans commandement préalable (art. 822), une saisie conservatoire (code de commerce) donnant la permission de sommer les créanciers de produire à une distribution par contribution (658-659), autorisant des insertions extraordinaires d'annonces, dans des journaux, ou cours d'une procédure de vente sur saisie immobilière (697) dépôt de testament, envoi en possession du légataire universel et encore d'autres.

Des lois spéciales ont encore accru cette compétence : notamment la loi sur le divorce, disant que le président donnerait à la partie demanderesse acte de la présentation de sa requête, et l'autoriserait à suivre sur sa demande: loi de 1844 sur les brevets d'invention, disant que le juge pourrait autoriser la saisie contrefaçon des objets prétendus contrefaits: loi sur la propriété commerciale, donnant compétence au président pour désigner d'office un arbitre à la partie qui ne fait pas de diligence à cet effet; décret-loi du 30 Octobre 1935, disant que le président fixerait dans quelles conditions la publicité des convocations des assemblées des obligataires aurait lieu.

Mais en dehors de toutes ces indications données par les textes il y a de nombreux cas dans lesquels le président est sollicité de rendre une ordonnance au vu d'une requête: on lui demande, en vertu d'une convention, de désigner un tiers arbitre départiteur, de choisir un expert sur une liste qui lui est fournie, l'autorisation de faire procéder à un constat par un huissier chez un tiers, dans un théâtre ou un cinéma; d'autoriser un huissier à dresser un procès-verbal des délibérations d'une assemblée d'actionnaires...

Mais, à leur propos, sont nées des difficultés dont la solution a changé avec le temps. Elles naissent du fait que ces ordonnances, provoquées par une partie, ne sont pas toujours sans nuire à une partie quand elles sont accordées, ou sans décevoir la partie demanderesse quand elles sont refusées. Y a-t-il donc un moyen de faire réformer la décision ainsi rendue par le président? Cela dépend de la nature de cette décision. Certains veulent y voir un acte d'administration. Mais de quoi un juge peut-il être administrateur, si ce n'est pas de la justice, et cette décision de justice ne peut présenter de caractère que contentieux ou gracieux.

Contentieux, s'il tranche une question qui divise deux adversaires; gracieux dans le cas contraire. Mais comme le faisait déjà remarquer d'Argentré (coutume de Bretagne art. 1) « *Volontaria jurisdictio transit in contentiosam intervenitu justi adversarii* ». S'il y a donc un adversaire, fut-il seulement possible, la décision aurait un caractère contentieux.

Il ne peut donc y avoir de règle générale, et c'est bien à propos de chaque espèce qu'il convient d'examiner la nature de l'ordonnance rendue.

Aux premières années de l'application du code de procédure, la doctrine et la jurisprudence étaient hostiles au principe des voies de recours contre les ordonnances sur requête. Comme leur caractère gracieux paraissait difficilement contestable, les magistrats avaient pris l'habitude d'insérer dans leurs ordonnances une clause de référé.

Dans la pratique le requérant indique en fin de sa demande qu'il « offre d'en référer, au cas de difficultés » et le magistrat dans son ordonnance dit « qu'il nous en sera référé en cas de « difficultés » et ajoute dans les cas où il prescrit une mesure urgente « mais saisie (ou constat) préalablement faite ». En matière de saisie-arrêt, elle est rédigée au tribunal de la Seine d'une

manière un peu plus complète en prévoyant le délai dans lequel le référé devra être « introduit » disons que l'ordonnance devra « être signifiée cinq jours au moins avant la dénonciation de « l'opposition à la partie saisie, laquelle aura le droit de se pour- « voir en référé devant nous contre la présente ordonnance, que « nous nous réservons expressément le droit de rapporter pour « le cas où la créance alléguée ne serait pas suffisamment éta- « blie ».

La validité de telles obligations mises à la charge du demandeur fut discutée. Il a paru à beaucoup illégal d'ajouter une formalité à celles prévues par le code de procédure civile qui édicte minutieusement les conditions dans lesquelles la saisie-arrêt devra être portée à la connaissance du débiteur saisi, et sa dénonciation à la connaissance du tiers saisi.

Il y a, prétendait-on, un excès de pouvoir car nul ne peut ajouter aux lois la prescription de formalités qu'elles ne contiennent pas. Cependant cette formalité et l'obligation de laisser s'écouler un certain laps de temps entre la signification de l'ordonnance et l'assignation en validité constituent le seul moyen de rendre efficace le jeu de la clause de référé, car il aurait suffi d'assigner immédiatement en validité pour paralyser son exercice.

De nombreuses décisions vinrent d'ailleurs dire ⁽²⁾ que si le président qui impose l'obligation de signifier l'ordonnance au saisi et de ne pas dénoncer avant un certain délai, commet un excès de pouvoir, il ne peut voir son ordonnance frappée d'appel. En tout cas, il peut rapporter son ordonnance pourvu que sa décision intervienne avant l'assignation en validité. Bientôt même, on n'exigera plus que l'ordonnance soit rendue avant l'in-

(2) Civ. 1 Juillet 1890 D-90-1-469.

Paris 24 Avril 1891 D-91-5-467.

Paris 3 Octobre 1891 D-92-2-167.

troduction de la demande au principal, mais seulement que l'assignation en référé soit antérieure à la demande formée devant le tribunal.

Il semble en équité que cette réserve soit une clause nécessaire, car le président ne répond une ordonnance sur requête que sur les observations d'une seule partie. Il est vrai que cette partie est représentée par un avoué, ce qui offre le maximum de garanties pour la sincérité de l'exposé ainsi fait. Mais cet officier ministériel peut ne pas connaître, par son client, l'ensemble de la question. Certaines pièces peuvent ne pas lui avoir été remises; et même dans ces divers cas, il est de son devoir de tenter de faire triompher l'intérêt de sa partie et de donner au magistrat les arguments militant en faveur de sa thèse.

Or la justice doit être contradictoire, le juge doit être à même de voir les arguments s'opposer les uns aux autres, librement: c'est pour lui le seul moyen de sauvegarder les droits de la partie défenderesse, comme il a sauvegardé les droits du demandeur en lui accordant la mesure sollicitée. Cependant les magistrats demandent toujours que le requérant offre de lui-même d'aller, s'il le faut, en référé. Ils désirent qu'aucune difficulté ne puisse naître de ce chef, malgré la faculté que paraissent avoir les juges de n'accorder qu'une permission réduite, quand ils peuvent donner une autorisation sans limite.

Cependant la jurisprudence, née au lendemain du code de procédure, ne reconnaissait pas au juge ce pouvoir que lui donnait l'ancien droit d'insérer, dans son autorisation, une condition lui permettant d'en connaître à nouveau. C'est ce qu'ont décidé de nombreux arrêts : Paris 29 Nivôse An 9 — 3 Juillet 1812 — 12 Mai 1820 — 19 Octobre 1831 — 18 Février 1833 — 22 Décembre 1833 ⁽³⁾ comme l'exprime rigoureusement un ar-

(4) Debelleyme. Ordonnance sur requête et sur référé. Tome 1, p. 143.

rêt de la cour de Turin du 15 Juillet 1809 S.-1810 p. 279 :
 « qu'en vain de ce que le président peut par urgence ordonner
 « une saisie, dirait-on qu'il doit indistinctement pouvoir en or-
 « donner la main-levée, car d'un côté la juridiction exercée en
 « référé étant toute d'exception, elle n'est point susceptible d'ex-
 « tension arbitraire à tout ce qui par l'effet cesse d'être provi-
 « soire et réparable qu'il est évident que l'ordonnance qui
 « donne main-levée, sous une forme inventée par la loi comme
 « moyen tutélaire et provisoire, peut faire préjudice irréparable
 « au saisissant, en lui enlevant le gage légal d'une créance qu'il
 « réclame, qu'ainsi l'ordonnance doit être annulée comme in-
 « compétemment rendue ». Les mêmes motifs sont encore re-
 pris par nombre d'arrêts.

Puis, à partir de 1833, une nouvelle jurisprudence se fait jour. Les cours d'appel estiment que, du moment que le juge qui a accordé cette permission pouvait la refuser, il pouvait aussi bien l'accorder avec conditions. Si le requérant a exécuté l'ordonnance telle que rendue, il en a accepté tous les termes, et doit se plier à cette condition sans pouvoir prétendre la combattre ou la négliger. Paris, 26 juin, 16 octobre 1833, vacations 15 octobre 1836, Paris, 15 janvier, 22 septembre 1841.

Enfin les tribunaux estiment que puisque la permission peut être refusée ou accordée à charge d'en référer, le juge des référés peut non seulement révoquer sans autorisation mais encore modifier le chiffre pour le montant de laquelle elle a été donnée.

Quant à la nature de l'ordonnance de référé ainsi rendue à la suite d'une ordonnance sur requête son caractère a été longtemps discuté. La jurisprudence admit d'abord que ce n'était que la suite de l'ordonnance sur requête, et que participant ainsi à son caractère d'acte de juridiction gracieuse l'ordonnance de référé n'était pas susceptible d'appel ⁽⁵⁾. Cette jurisprudence a été heu-

(5) Paris 7 Août 1871 S-72-2-125.

reusement abandonnée ⁽⁶⁾, car rien dans le code de procédure civile ne permet de distinguer deux sortes d'ordonnances de référé, l'une en premier, l'autre en dernier ressort.

Mais si la clause de référé est un moyen commode pour permettre d'instituer un débat au sujet d'une mesure ordonnée à la suite d'une simple requête il faut penser que bien souvent il n'y a pas de place dans une ordonnance pour une clause de ce genre. Une mesure qui donne à quelqu'un la libre disposition de biens pour en jouir comme s'ils lui appartenaient ne peut en comporter. En matière de saisie au contraire, le juge ne fait que permettre une mesure conservatoire et qui ne tranche pas le droit et son ordonnance peut contenir cette clause. Cependant quand la permission conditionnelle n'est plus de mise, cette ordonnance peut préjudicier à quelqu'un, comment y remédiera-t-on ?

Plusieurs systèmes ont pu être envisagés : permettre au tiers, lésé par l'ordonnance, de faire opposition et demander au même magistrat de statuer à nouveau ; on lui permettra, ainsi qu'au requérant qui n'a pas obtenu la mesure sollicitée, de faire appel de la décision. Mais alors devant quelle juridiction faut-il faire porter cet appel : devant le président du tribunal, ou devant la cour, et devant quelle formation de la cour ? Tels sont les problèmes que devait avoir à résoudre la vie judiciaire.

La question s'est naturellement posée avec une vive acuité en matière d'ordonnances prononçant l'envoi en possession des légataires universels. A leur propos une discussion s'était élevée sur le point de savoir quelle pouvait être leur véritable nature en raison des vérifications auxquelles le magistrat doit s'astreindre avant de rendre sa décision. Elles permettaient de pen-

(6) Montpellier 26 Décembre 1870 S-72-2-125.

ser qu'il y avait là plus qu'une mesure gracieuse, plus qu'une mesure de simple administration (7).

Cependant la cour de cassation a admis les voies de recours contre de telles décisions comme devant et pouvant être attaquées par les héritiers auxquels elles préjudicient. Quelle que soit en effet l'étiquette sous laquelle ces ordonnances peuvent être rangées dans l'arsenal juridique, il ne faut pas qu'elles soient intangibles, et que leur prononcé permette la consécration d'injustices causées par des décisions rendues par des magistrats mal éclairés. Mais il y eut un certain temps pendant lequel on hésita sur le point de savoir quelles seraient les modalités de ces voies de recours.

La cour d'Amiens décida (8) que l'ordonnance du président du tribunal civil qui refuse l'envoi en possession du légataire universel institué par testament olographe est un acte de juridiction contentieuse dont le légataire universel peut demander la réformation par la voie d'appel.

La chambre civile précisa (9) qu'une ordonnance rendue sur requête ordonnant le dépôt d'un testament était susceptible d'être déférée — par la partie non représentée — par la voie de l'opposition devant le magistrat qui a rendu l'ordonnance, ou devant la cour par la voie d'appel, si l'ordonnance avait été contradictoirement rendue.

Le principe général était posé par la cour de cassation dans son arrêt du 3 avril 1895 (10) qui disait que « le recours doit « être exercé suivant les règles du droit commun, en vertu de « l'article 474 du code de procédure civile, par une opposition « portée devant le magistrat qui a rendu l'ordonnance au cas

(7) Paris 10 Juin 1904. S-1905-2-199.

(8) Amiens 9 Juillet 1889 S-90-2-140.

(9) Civ. 13 Avril 1897 S-97-1-357.

10) Viv. 3 Avril 1895 D-96-1-5.

« où elle est rendue en l'absence de l'héritier légitime, non ci-
« té, par appel, devant la cour quand cette ordonnance a été
« contradictoire ».

Equitable dans son principe, cette solution est audacieuse en présence des textes qui l'inspirent, car l'article 474 du code de procédure civile traite bel et bien de la tierce opposition, c'est-à-dire du moyen qu'ont les personnes étrangères à une décision d'en paralyser les effets à leur égard. Or il ne paraît pas, en bonne analyse, que l'on puisse considérer comme un tiers, l'héritier légitime auquel cette voie de recours du droit commun paraît réservée, alors surtout qu'il s'agit d'une voie de recours extraordinaire.

Quant à la simple opposition, elle n'est possible que formée par un défendeur défaillant et cette hypothèse est tout de suite écartée, puisqu'en notre espèce il n'y a pas de défendeur.

La vérité est tout simplement que la pratique et la jurisprudence ont retrouvé la vieille distinction faite à ce propos par notre ancien droit et que le code de procédure civile n'a pas cru bon de conserver.

Nous ne connaissons plus en législation que l'opposition aux jugements par défaut, et la tierce opposition. L'ordonnance de 1667 traitait à son titre XXXV, article 2, de l'opposition aux jugements rendus sur requête. Cette appellation a disparu dans les textes de 1807.

Pratiquement l'opposition aux ordonnances rendues sur requête, appelée dans le langage courant, tierce opposition, est portée devant le juge des référés. Il se produit alors, cette anomalie que cette tierce opposition qui n'en est pas une, est jugée en référé, par un magistrat qui ne rend pas une véritable décision de référé, puisqu'elle n'a rien de provisoire.

Ainsi donc la clause de référé ne paraît plus avoir actuellement l'importance qu'elle a connu avant l'établissement de cet-

te jurisprudence, car il est admis que contre l'ordonnance qui porte préjudice à quelqu'un il lui est ouvert cette ancienne voie aujourd'hui rouverte, de l'opposition aux jugements rendus sur requête.

CHAPITRE III

LA VIE QUOTIDIENNE DU TRIBUNAL

En outre de ces efforts de la pratique et de la jurisprudence, il faut noter ceux qui ont été faits en partant de rien ou de presque rien. Dans l'ordre matériel et journalier ce sont quelques détails sur la vie quotidienne et les habitudes d'un grand tribunal comme celui de la Seine, et le rôle dévolu aux auxiliaires de la justice par des habitudes fort anciennes.

Si le code de procédure civile décrit les règles qu'il faut observer pour former une demande en justice, obtenir la consécration d'un titre obtenu, ce n'est cependant pas dans son texte qu'il faut chercher l'organisation pratique d'un tribunal. C'est dans le décret du 30 mars 1808 « contenant règlement » pour la police et la discipline des cours et tribunaux ».

Cela peut ne paraître qu'un détail, ou plutôt qu'une succession de détails matériels sans intérêt au point de vue du droit ; ces détails exercent incontestablement une influence sur la manière dont un procès peut être jugé. C'est une banalité que de dire qu'un mauvais arrangement vaut mieux qu'un procès. Cela tient à ce que le procès risque de coûter cher, mais surtout à ce qu'il dure longtemps. Si la loi a sagement prévu des délais qu'il faut observer, c'est pour assurer la garantie et la sécurité de chacune des parties. Si elle a aménagé des voies de recours, c'est pour permettre la réformation des décisions qui peuvent

paraître mal rendues ; c'est alors un souci de bonne justice qui l'anime. Aussi n'a-t-elle pas voulu que les procès soient interminables, s'enlisent, et ne puissent plus aboutir à une solution.

Les auteurs du code de procédure civile, anciens praticiens du droit de l'ancien régime, avaient tous connu la lenteur des instances dans les différents tribunaux et les passe-droits qui pouvaient s'y faire jour. Ils étaient désireux de donner à la France ce que chaque citoyen désirait : une justice prompte et égale pour tous. Ils avaient pu apprécier combien les règles de droit étaient atteintes par la difficulté avec laquelle les parties pouvaient obtenir leur application ; et il est redoutable d'arriver à penser que celui qui a le droit pour lui peut hésiter à demander sa protection. C'est aboutir à faire le jeu des gens de mauvaise foi, qui spéculeront sur le fait que les autres hésiteront à engager un procès à leur encontre. Ils espéreront garder ainsi au moins une partie des avantages qu'ils auront pu injustement acquérir.

Ainsi le décret du 30 mars 1808 présente-t-il une importance particulière. Il règle minutieusement et décrit les diverses phases de la procédure et indique, entre autres choses, avec précision, ce que chaque avoué devra faire, et dans quel délai ; comment les magistrats tiendront leurs audiences et feront en sorte que les affaires soient plaidées par les avocats, en temps voulu, et aux dates fixées.

Hélas, les prescriptions, excellentes, contenues dans ce texte, sont presque iettre morte aujourd'hui.

Il suffit de se reporter aux articles 66 et suivants, sur la section IV de l' « Instruction et du jugement » pour se rendre compte que dans un tribunal occupé aucune de ces prescriptions n'est aujourd'hui appliquée.

délai, et d'autres de certaine urgence, seront appelées pour être

Il y est dit que les causes introduites par assignation à bref

jugées sans remise, et sans tour de rôle ; si par extraordinaire une remise est accordée, il n'en sera plus accordé de nouvelle. Il est bien certain que ce sont là des principes qui sont rapidement tombés en désuétude. Ils étaient en tous cas complètement ignorés au moment du décret du 30 octobre 1935 qui a rendu à nouveau obligatoire, le préliminaire de conciliation. En effet à ce moment, neuf affaires sur dix, étaient introduites avec assignation à bref délai « vu l'urgence », et leur durée était la même que celle des autres, après avoir subi le même nombre de remises.

La pratique en était alors arrivée à atteindre le but que le code avait visé, par l'intermédiaire de la requête afin d'assigner « à jour fixe ». Le président, après avoir pris connaissance de la demande et en avoir estimé l'urgence, distribuait d'office l'instance à une chambre, et indiquait le jour où elle serait appelée, sans avoir à subir le rôle. La nécessité avait ainsi créé l'outil pour la servir.

Ce système ne pouvait fonctionner que si peu d'affaires étaient ainsi indiquées comme devant venir à jour fixe. C'était une surenchère sur les textes qui ne prévoyaient que l'assignation au délai de la loi, et l'assignation à bref délai, tandis que la pratique ne connaissait réellement plus que l'assignation à bref délai pour la vie courante, et l'assignation à jour fixe pour les cas d'urgence. Le danger de cette surenchère est évident, c'est qu'il pouvait à nouveau se produire des excès qui auraient abouti à ne plus donner d'efficacité à la mesure ordonnant l'appel d'une cause à jour fixe. Mais cet usage permettait, quand son fonctionnement était sévèrement surveillé, de simplifier l'ajournement ordinaire en le dispensant de conciliation au moyen de l'assignation à bref délai. Il le simplifiait en le rendant moins coûteux et moins long ; mais il paraît que le système qui con-

vient le mieux à une justice peu chère et rapide, est de commencer par la rendre onéreuse et lente.

Il y avait aussi un article prévoyant que les instances dans lesquelles une expertise et une enquête s'avéraient nécessaires se verraient réserver spécialement une petite partie de l'audience, à son début, pour recevoir une rapide solution. Jamais cela ne reçoit plus application ; pour ces mêmes affaires le nouveau décret loi du 30 octobre 1935 prévoit que le juge rapporteur convoquera les avoués et les avocats pour ordonner s'il y a lieu une mesure d'instruction. Mais il peut se produire que, à ce moment, les parties se trouvent d'accord pour demander simplement le renvoi à l'audience pour plaider au fond. Quand l'affaire vient donc pour être plaidée, l'une des parties signifie des conclusions dans lesquelles elle articule un certain nombre de faits qu'elle demande de prouver : l'enquête est ordonnée, et chacun a perdu son temps devant le juge rapporteur. Donc un texte récent qui n'a à peine qu'une année d'âge se voit tourner et appliquer en sens contraire du but en vue duquel il avait été rédigé.

Cela tient à ce que chacun désire vivement sauvegarder ses convenances personnelles et que les magistrats désireux d'être en bonne entente avec les avocats et les avoués ne croient pas devoir tenir trop rigoureusement la main à toutes ces prescriptions.

Ce décret et tous ceux pris pour l'organisation judiciaire sont donc peu respectés dans leur texte. Ils ne sont pas appliqués tant par omission comme nous venons de le voir que par addition, non plus en ce sens que la pratique a ajouté des formalités qui ne sont pas prévues.

L'une même est formellement prohibée par la loi du 21 Ventôse an XI : c'est l'usage du placet.

Déjà en 1344 Philippe de Valois voulait que « Toutes ma-

« nières de parties selon ce qu'elles se seroient présentées, au-
« roient droit à être délivrées par ordre des présentations, sans
« nul avantage de donner audience à une autre personne » (1).

Les causes devaient donc être appelées « *per rotulam set cedula* ».

Mais, rapidement, s'établit l'usage des placets, suppliques adressées au magistrat, pour obtenir audience, et ce qui était défendu était devenu la règle pour ceux qui avaient assez d'influence pour pouvoir en profiter.

Quant à présent l'usage des placets est toujours interdit par la loi du 21 Ventôse an XI, et ce que l'on nomme notamment au tribunal de la Seine « placets » n'a plus qu'un rapport lointain avec ce que c'était autrefois.

Actuellement le placet est la copie de l'assignation rédigée sur une feuille spéciale appelée Réquisition d'audience, qui sert à faire inscrire l'affaire au greffe général. Il constitue par la suite, la pièce que le tribunal a sous les yeux pour connaître la demande. Le nom de placet lui est resté parce que sa rédaction commence par la formule « Plaise au tribunal ». Mais si ce placet n'a plus de raison d'être proscrit, il y a encore des manières d'obtenir un tour de faveur pour être jugé : ce sont les demandes de sortie anticipée du rôle qui ne sont accordées par le président qu'à sa seule discrétion. C'est de cette manière que revit l'antique demande d'une faveur, qui se produisait autrefois au début du procès et a lieu maintenant au cours de l'instance.

Mais une fois que le placet est rédigé par l'avoué devant le tribunal de la Seine, commence une série de formalités que ne prévoient pas les textes et qui n'ont comme but que de faciliter la tâche de chacun : ce sont les envois de bulletins.

(1) *Recueil des anciennes lois françaises.*

Quand une instance est distribuée à une chambre, l'avoué y dépose le placet. Si l'affaire est par défaut, le juge rapporteur convoque l'avoué pour entendre brièvement ses explications et s'il n'ordonne pas une mesure d'instruction, il renvoie à l'audience. A ce moment, chaque semaine, l'avoué recevra un bulletin pour venir plaider, lui indiquant le jour où l'avocat pourra venir se présenter, en l'avertissant que toute remise sera refusée. Ce n'est là qu'un principe et une menace bien inefficace, car chacun sait que le tableau est trop garni pour permettre de plaider aussi rapidement.

Si l'affaire est contradictoire, l'avoué demandeur est averti que son adversaire n'a pas conclu. Chaque semaine encore, il reçoit un avertissement de cet ordre, puis une ou plusieurs convocations devant le juge rapporteur, qui, lui encore, renverra à l'audience. Comme deux avocats au moins devront se présenter, le greffe fera parvenir des bulletins d'un autre modèle pour prévenir les avoués que les avocats devront se présenter à telle date, pour fixer une date de plaidoirie d'accord avec le tribunal. Une fois cette date fixée, le greffe l'indique par un bulletin qui contient toujours la mention que toute remise sera refusée ; et cependant elles sont encore accordées.

Cela ne finit que par un bulletin indiquant la date du jugement, bulletin qui précède de peu celui de l'enregistrement qui indique qu'il faut payer un droit souvent considérable, et qui ne sera peut-être jamais récupéré sur la partie qui succombe.

La couleur de ces bulletins, varie suivant leur signification : ils vont du blanc au violet en passant par le gris, le vert, le jaune, le bleu, le rose, ou le rouge brique.

Ils sont pratiques, mais leur abondance leur fait perdre de la force, et de temps en temps on en invente qui sont d'abord réputés comminatoires. Comme les autres, ils ont bientôt une

fâcheuse tendance à se répéter, et par conséquent à voir leur effet s'amortir.

Ces bulletins, beaucoup plus nombreux aujourd'hui qu'autrefois, ont soulevé à certains moments de vives critiques. Ils sont une commodité pour le greffe, et pour les avoués, qu'ils renseignent sur la marche de la procédure, mais ils ne sont pas prévus par les lois en vigueur sauf par le tarif qui prévoit à leur sujet une rémunération. Aussi certains ont-ils prétendu qu'il était anormal que ce soient les clients qui paient les commodités des auxiliaires de la justice.

C'est cependant une nécessité dans un grand tribunal comme celui de la Seine, où chaque chambre est plus occupée que beaucoup de tribunaux de province. Il faut donc qu'une organisation minutieuse règne et que chacun sache où peut se retrouver un dossier. En produisant à un greffier un bulletin, l'avoué lui permettra de savoir immédiatement dans quel endroit il trouvera le placet cherché. C'est un moyen commode et s'il n'est pas légal, il ne faut quand même pas le regretter.

La chambre des avoués.

Dans la vie quotidienne du Palais une organisation a pris une importance qui ne lui est attribuée à ce point dans la procédure par aucun texte. C'est la chambre des avoués qui est un organe corporatif, une assemblée de discipline, destinée à assurer la bonne organisation de la corporation et la sauvegarde de ses intérêts et de la dignité de ses membres. La chambre des avoués connaît maintenant d'une série de questions qui en principe, n'ont pas à lui être soumises.

Quand, dans une affaire, le tribunal doit fixer une mise à prix d'un immeuble, ou de meubles, elle est proposée par les avoués, représentant leur partie ; mais elle n'est admise par le tribunal que si la chambre des avoués a apporté son visa.

Elle vise les cahiers des charges dressés par les avoués pour parvenir à la vente sur saisies ou sur licitation des immeubles, ainsi que les dires transcrits, à leur suite.

Elle vise les requêtes présentées en chambre du conseil, et elles sont nombreuses, puisque cette juridiction connaît des demandes en rectification d'Etat civil, interdiction, conseil judiciaire, adoptions, homologations de délibérations de conseils de famille, nominations de curateurs aux successions vacantes, homologations d'actes de notoriété.

Elle examine, avant le dépôt de la requête, le dossier de demande en divorce d'un étranger.

Ces exemples permettent de considérer l'importance de cette organe dans la vie courante de la procédure. Cela constitue une garantie certaine pour chacun : pour le plaideur, pour son avoué, pour le tribunal.

C'est d'ailleurs avec le plus grand soin que ces travaux sont effectués. L'avis de la chambre des avoués donne de précieuses indications, et permet de redresser des erreurs qui pourraient se glisser dans une procédure. Son rôle se trouve donc être tuteur et il peut l'être parce qu'il est exercé sous les auspices de la confraternité qui prescrit une entr'aide mutuelle, et encore du respect pour la magistrature. Cela a pour effet de vouloir que ne soient soumis aux magistrats, dans ces délicates matières, que des dossiers déjà revus avec soin.

TITRE II

AU TRIBUNAL DE COMMERCE

CHAPITRE I

LES AUTORISATIONS DE SAISIE ARRET

La pratique judiciaire et la jurisprudence n'exercent pas continuellement leur influence dans un sens commun : il se rencontre des modifications apportées par l'une et repoussées par l'autre, comme pourra nous le montrer l'étude des autorisations de pratiquer des saisies-arêts, sollicitées auprès du président du tribunal de commerce.

Ce fut là une question longuement débattue que celle de savoir si ce magistrat consulaire était compétent pour autoriser, dans les conditions de l'article 558 du code de procédure civile, des saisies arrêts ayant pour cause une créance de caractère commercial.

Soutenant que le président du tribunal civil seul était compétent en cette matière, M. Glasson faisait observer que le magistrat consulaire n'est qu'un magistrat d'exception, qui ne peut agir qu'en vertu d'un texte spécial. Ce texte n'existe pas, puisque l'article 558 est placé dans le titre 7, livre V du code de procédure civile traitant des actes d'exécution. Seul le tribunal civil peut connaître de l'exécution des jugements, d'une manière générale, ce qui doit exclure la compétence consulaire dans notre matière.

Il estimait encore qu'un autre raisonnement fournissait la même solution. Puisque l'article 417 du code de procédure ci-

vile permet au président du tribunal de commerce d'autoriser des mesures conservatoires — en pouvant s'entourer de certaines garanties — c'est qu'il ne peut permettre une saisie arrêt; qui, conservatoire dans ses débuts, devient en fin de compte une mesure d'exécution, dont le magistrat consulaire ne pourra certainement pas connaître.

Dans une affaire Rouchon contre Queret, le tribunal de Châlons-sur-Marne avait décidé le 8 mars 1861 qu'il n'y avait aucune raison pour donner cette compétence au président du tribunal de commerce. Il indiquait qu'en effet le besoin de célérité des affaires commerciales ne souffrirait aucun préjudice puisqu'il suffit de présenter une requête au président dans l'une ou l'autre hypothèse. De plus, la procédure de la saisie arrêt, où les actes sont étroitement liés entre eux, devra obligatoirement se dérouler devant le tribunal civil, il serait donc inconséquent de faire prendre la source de cette instance nécessairement civile, dans un acte émanant d'un tribunal de commerce.

Cette opinion était encore partagée par la cour de Bruxelles, qui jugeait le 23 décembre 1911 ⁽¹⁾, que, sans restriction, le juge civil était seul compétent pour autoriser une saisie arrêt.

Cependant l'ensemble de la jurisprudence française tenait pour la solution opposée ⁽²⁾. Infirmant le jugement rendu par le tribunal de Châlons, cité plus haut, la cour de Paris jugeait le 26 janvier 1861 ⁽³⁾ qu'en l'absence d'une désignation précise il faut suivre les règles de la compétence générale. Reprenant ainsi l'argument formulé en faveur de cette thèse par M. Debelleye, la cour ajoutait qu'aucune disposition de loi n'interdit cette mesure au président du tribunal de commerce;

(1) Bruxelles 23 Décembre 1911. S-1912-4-22.

(2) Civ. 11 Décembre 1923 D-1926-1-45.

(3) Paris 26 Janvier 1861 S-1861-2-273.

mesure qui n'est que conservatoire au moment où la formalité autorisée s'accomplit.

On faisait encore valoir, pour étayer cette opinion, que si la procédure proprement dite de la saisie arrêt, et de sa demande en validité se déroule devant le tribunal civil, cette procédure ne peut présenter d'intérêt que s'il a été statué sur l'existence et le quantum de la créance pour laquelle l'autorisation de pratiquer une saisie arrêt avait été sollicitée. Or, quand cette instance en paiement tire son existence d'une cause commerciale, elle doit être jugée par le tribunal de commerce, et le président de ce tribunal est donc particulièrement bien placé pour apprécier si la mesure sollicitée a ou non sa raison d'être.

Donc sans aller aussi loin que l'auraient voulu certains auteurs, Molinier, Leurquin, qui pensaient que seul le président du tribunal de commerce était compétent pour autoriser une saisie arrêt en matière commerciale, il est admis par la jurisprudence qu'il partage cette compétence avec le président du tribunal civil.

Mais cela ne va pas sans présenter quelques inconvénients dont la pratique n'a pu manquer de s'apercevoir. Le jugement de Châlons-sur-Marne de 1860 faisait déjà remarquer qu'une telle communauté d'attributions présenterait des tentations aux plaideurs de mauvaise foi. Ceux-ci, se transportant d'un bâtiment dans un autre, essaieront d'obtenir ce qui leur aura été précédemment refusé, pensant qu'ils ne risquent rien à demander à nouveau cette autorisation.

Mais la cloison derrière laquelle pensent s'abriter ces plaideurs trop astucieux, n'est pas aussi opaque qu'ils pourraient l'espérer. En effet si le président du tribunal de commerce peut bien autoriser des saisies-arêts, il n'est pas compétent, certainement, pour en contrôler l'exécution, ni pour rapporter, par ordonnance de référé, l'autorisation donnée, si la créance allé-

guée n'est pas suffisamment établie, ou encore pour autoriser le cantonnement des causes de la saisie arrêt, si cette mesure est sollicitée dans les termes de l'article 567 du code de procédure civile. Il peut alors se produire comme cela a eu lieu, que non sans quelque étonnement, le président du tribunal civil, statuant en référé, se voie soumettre des demandes ayant trait à des ordonnances de saisies-arrests, qu'il avait refusé de signer. Elles avaient été surprises à la religion des magistrats consulaires.

En dehors de l'incorrection commise, dans ces cas, vis à vis des magistrats, aussi bien de celui qui avait refusé d'accorder l'autorisation demandée, que de celui qui avait donné la permission, il y a là un risque d'incohérence dont peut souffrir la bonne administration de la justice.

Aussi pour permettre à la même vérité d'exister en deça du boulevard du Palais et au delà, s'est-il instauré dans le ressort du tribunal de la Seine, où sont rendus les plus grands nombres d'ordonnances sur requêtes et de référés, l'usage que seuls les magistrats civils accordent ces permissions si souvent sollicitées.

Il semble bien que cette solution soit heureuse en droit, et en fait. Au cas d'une créance commerciale la demande en paiement se déroulera tout naturellement devant le tribunal de commerce, mais l'ordonnance de saisie-arrest, préliminaire lointain peut être, mais certain, d'une mesure d'exécution demeurera dans le domaine de la juridiction civile.

Cela est d'ailleurs fort heureux, car il est bien rare que, si une saisie arrêt a réellement immobilisé des fonds, le débiteur saisi ne se pourvoie pas en référé, soit aux fins de rapport de l'ordonnance, soit aux fins de cantonnement dans les termes de l'article 567 du code de procédure civile, avec affectation spéciale, soit dans les termes de la loi du 4 août 1930 pour limiter

les effets de la saisie arrêt sur le montant de la partie saisissable des traitements et salaires. Il vaut donc mieux que l'ensemble de ces procédures soit centralisé dans le domaine d'une seule juridiction.

Il est cependant curieux de noter que c'est l'abus qui a pu être fait d'une procédure, reconnue comme légale par la cour de cassation, qui a amené la pratique à établir, en conformité d'ailleurs avec les purs principes du droit, une règle nouvelle néanmoins sans valeur en dehors du ressort du tribunal où elle est suivie.

CHAPITRE II

LE DELIBERE

L'organisation judiciaire française a pour principe la pluralité des juges ; ce n'est pas ici la place de discuter la question de savoir si ce principe est ou non préférable à celui du juge unique, en faveur duquel ont lieu périodiquement des campagnes de presse et d'opinion. Disons simplement que, depuis quelques années, les lois ont organisé à plusieurs reprises des systèmes de juridictions comprenant des juges uniques, soit dans l'ensemble de la procédure, soit seulement dans une partie ⁽¹⁾.

Le but de cette organisation plurale paraît être de pouvoir donner plus de liberté à la justice. Etant ainsi impersonnelle, elle pourra être rendue sans que les plaideurs ou le public puissent soupçonner tel ou tel magistrat d'avoir rendu telle ou telle décision dans un sens qui lui serait personnel. Outre cette indépendance des magistrats, elle permet à ceux-ci de confronter leurs avis, d'échanger leurs vues sur les questions de droit qui lui sont soumises, en un mot de perfectionner ensemble leur œuvre. C'est ce travail qui constitue le Délibéré.

Il existe deux sortes des délibérés: le délibéré simple, qui est une

(1) Lois des 1er Avril 1926, 29 Juin 1929, 30 Juin 1926, 13 Juillet 1933, 12 Juillet 1933, 29 Juin 1935. Décret-loi du 8 Août 1935.

discussion commune à tous les juges, et le délibéré sur rapport au moyen duquel un magistrat du siège est chargé par ses collègues de leur présenter une étude de l'affaire soumise à leur appréciation, ce dernier procédé a d'ailleurs été supprimé par le décret loi du 30 octobre 1935 sur la procédure.

Le délibéré simple.

Une fois les plaidoiries prononcées, le ministère public entendu en ses conclusions, le tribunal délibère, s'il peut le faire, « sur le siège » sans quitter la salle d'audience (c'est le procédé couramment employé aux audiences correctionnelles où l'on voit le président se pencher alternativement vers ses assesseurs avant de rendre la décision au nom de tous). Il peut aussi se retirer dans la chambre du conseil, sans ministère public ni greffier ; le délibéré peut alors durer quelques minutes, ou se poursuivre pendant plusieurs jours, si par exemple le prononcé du jugement est remis à une audience ultérieure.

Les pouvoirs des magistrats, comme ceux des parties sont alors assez limités ; les débats sont clos, les positions sont prises, le problème est délimité : seule la solution n'est pas donnée. Maintenant elle ne pourra intervenir que sur les points antérieurement connus à la mise en délibéré.

Cependant les magistrats conservent le droit, qui est un devoir, de s'éclairer au mieux sur les questions qui leur sont soumises, de même que les parties conservent le droit de s'efforcer de les éclairer. Ells le font au moyen des « notes en délibéré » prévues par le décret du 30 mars 1808 sur l'organisation et la police des cours et tribunaux. Les notes (surtout fort utiles devant la cour d'appel, où en principe l'avocat du demandeur ou appelant, qui plaide en premier, ne peut répliquer à l'avocat du défendeur ou intimé) ne peuvent contenir de moyens nouveaux,

qui auraient dû être insérés dans les écritures prises avant la clôture des débats.

Mais elles contiennent des éclaircissements, des explications, des analyses plus poussées des moyens déjà exposés, elles représentent donc un effort tendant à faciliter la tâche des magistrats et à consolider la position du client.

En principe donc, le délibéré est la phase ultime avant le prononcé du jugement, pendant laquelle un dernier effort peut être fait par les parties, et surtout pendant laquelle les magistrats mettent au point les thèses soutenues devant eux et préparent ensemble la rédaction de leur décision.

Tel est le délibéré dans les juridictions civiles, tel il devrait être dans toutes les juridictions. Il en est cependant une devant laquelle le mot de délibéré a un sens différent.

Le délibéré au tribunal de commerce de la Seine.

En principe, seulement, il obéit aux mêmes règles puisque les textes du code de procédure civile s'appliquent, sauf exceptions déterminées, aux juridictions commerciales. En fait il est loin d'en être ainsi : chaque fois qu'il ne s'agit pas d'une affaire simple, comme peuvent l'être les procès par défaut, ou les demandes en paiement de traites acceptées (et même pour ces affaires, il y a des délibérés) le tribunal ordonne le renvoi en délibéré — le plus souvent d'ailleurs à la demande des parties — sans qu'il y ait eu à la barre, la moindre explication orale donnée aux magistrats.

Les plaideurs attendent alors un certain temps dont la durée est très variable, pouvant aller de quelques jours à quelques mois, avant de recevoir une convocation d'avoir à se présenter devant le juge tel jour, à telle heure, et les priant de lui remettre, avant l'audience, un dossier comprenant les pièces de leur affaire.

Au jour dit les parties se retrouvent au tribunal de commerce

et leur affaire sera appelée à son rang parmi les trente-cinq, quarante affaires ou plus, dont le magistrat consulaire prendra ainsi connaissance dans l'après-midi.

Cette institution présente aux yeux des magistrats du tribunal de commerce de la Seine des avantages certains. Ils disent que, seule cette pratique, leur permet de juger un aussi grand nombre d'affaires que celui qui leur est soumis, qui, pour diminué qu'il soit actuellement, n'en est pas moins considérable. Si toutes les affaires devaient se succéder devant l'ensemble des magistrats, composant chaque chambre du tribunal, il y aurait un embouteillage dont on ne pourrait sortir qu'en multipliant par trop le nombre des magistrats.

Cette méthode permet en effet à chacun de préparer le travail du tribunal tout entier, en étudiant les dossiers qui lui sont remis, et les notes fournies par les parties ou leurs conseils.

Le point de vue du plaideur et de ses conseils n'est pas absolument le même.

Un des premiers dangers que l'on y coure est que, souvent, les pièces ne sont pas communiquées. Il est vrai que c'est là un risque inhérent au tribunal de commerce où le défendeur n'est pas tenu de communiquer les pièces qu'il produit. Cela vient, dit-on, de ce que les parties peuvent se présenter elles-mêmes et assurer ainsi leur défense, qu'elles sont donc trainées en personne devant une juridiction, et qu'elles ne peuvent être forcées de se démunir de leurs pièces.

C'est un véritable danger que de ne pas pouvoir se rendre compte de ce que contient, comme documents, le dossier de l'adversaire. C'est risquer de perdre son temps à démontrer quelque chose qui n'est contesté par rien de sérieux. C'est, fait plus grave, risquer de passer entièrement à côté d'une question dont nul ne peut soupçonner l'importance sans connaître la pièce qui l'étaye.

Mais en dehors des pièces qui se trouvent dans le dossier, il y

a les notes qui les accompagnent. Rédigées d'une manière plus ou moins tendancieuse, elles peuvent contribuer à donner au magistrat une impression toute différente de ce qui peut être la réalité. Il n'y a pas au tribunal de commerce d'actes de procédure comme au tribunal civil où les prétentions, et défenses des parties sont exposées et commentées dans leurs conclusions. Elles sont encore reprises à la barre et développées par leurs avocats qui, respectivement, n'ignorent pas sur quoi sont fondés les dires de la partie adverse, et peuvent ainsi organiser une défense, ou une riposte en harmonie avec ce qui est soutenu de l'autre côté de la barre. Au tribunal de commerce, il n'en est souvent pas de même ; dans bien des affaires le défendeur ne conclut pas, il ne prend la parole à l'audience publique que pour demander le renvoi en délibéré. Là, dans le secret du cabinet du juge commissaire, il peut donner à ce dernier un dossier très complet dont son adversaire peut fort bien ne rien soupçonner.

Cela est d'autant plus possible que, au délibéré du juge, les explications sont loin d'être abondantes : le magistrat qui doit voir passer devant lui plus de trente affaires dans l'après-midi ne peut consacrer beaucoup de son temps à écouter les explications de chacune des parties convoquées à cet effet.

Si chacun pouvait exposer son affaire même très brièvement, l'autre partie pourrait se rendre compte de ce qui serait plaidé. Bien souvent le magistrat se borne à dire aux plaideurs à peine assis, qu'il a vu leur dossier et que s'ils n'ont rien à ajouter, ils sont libres de se retirer.

Une fois ce stade passé, les parties n'ont plus à intervenir puisqu'elles ont dit tout ce qu'elles avaient à indiquer, mais le travail du juge ne fait que commencer. Ayant ainsi entendu les parties et examiné leurs dossiers il se rend au « délibéré de section ». C'est-à-dire qu'il va délibérer au sujet d'affaires qu'il connaît, avec des magistrats qui ne les connaissent pas. Il est vrai que,

quelques instants après, il sera appelé à donner son avis sur des affaires qu'il ne connaît pas.

Le plus souvent, paraît-il, l'opinion du magistrat qui a « fait » le délibéré, emporte la conviction de ses collègues et le texte du jugement préparé par ses soins est adopté par eux. Mais il peut se faire qu'un magistrat nouvellement élu n'ait pas saisi le point essentiel de la discussion qui s'était instaurée devant lui ; si ses collègues ne s'en rendent pas compte, tant pis ; si au contraire ils découvrent que la solution donnée par le jugement proposé n'est pas absolument conforme à ce qu'ils pensent devoir être, ils réforment ce projet de jugement. Tant mieux, oui, mais on aboutit à faire juger des procès par des magistrats qui n'ont pas eu à les étudier.

Il est donc certain que jamais l'impression que l'on a pu ressentir après s'être présenté en délibéré ne peut être donnée comme certaine, en raison des multiples éléments, que nous venons d'indiquer. Leurs influences agiront, se combineront entre eux, et permettront d'arriver à une solution différente de celle qu'on avait cru pouvoir apercevoir dans les questions ou les réflexions du magistrat.

Mais cette incertitude « extérieure » ne serait pas grave, ni même importante, si elle ne décelait une incertitude « intérieure », contenue dans la structure même du délibéré, procédure dans laquelle on sait ne pouvoir compter sur rien, car on ne peut rien savoir. Naturellement cette crainte ressentie par les habitués de ces juridictions s'atténue, et s'efface même complètement quand l'on peut savoir à quels adversaires on aura affaire. Mais comme devant le tribunal de commerce, la représentation des parties est et demeure libre, il peut se présenter des espèces dans lesquelles tous les inconvénients de cette procédure se font sentir au maximum.

Vis-à-vis de la loi d'ailleurs, cette manière de procéder est illé-

gale, elle aboutit à créer un mode d'instruction des procès non prévu par le code, ce qui est formellement prohibé. La loi prévoit des expertises, des enquêtes, des commissions rogatoires données à un magistrat dans un but déterminé, mais elle n'a pas voulu qu'un magistrat instruisse tout seul et entièrement l'affaire. C'est là la différence qui existe entre le « juge commissaire » du tribunal de commerce, et le « juge rapporteur » du tribunal civil. Ce dernier étudie l'affaire, la met au point, l'expose au tribunal, mais laisse aux parties le soin et la charge de présenter leurs observations orales à l'audience publique. Ceci n'existe pas dans la procédure du délibéré qui a supprimé, complètement, dans la plus grande majorité des cas, la publicité et l'oralité des débats, qui paraissaient autrefois, et il y a peu de temps encore, la meilleure garantie d'une bonne justice.

Naturellement la cour de cassation a été saisie de la question de savoir si de telles manières d'agir pouvaient ou non être considérées comme conformes aux vœux de la loi. La cour suprême a préféré, en raison des considérations pratiques qui ont créé cette forme de procédure, ne pas analyser parfaitement et profondément les cas qui lui étaient soumis, car un raisonnement rigoureux n'eût pu faire autrement que l'amener à prononcer la cassation des décisions ainsi prises, et c'est ce qu'elle ne voulait pas faire.

Dans un arrêt du 20 mai 1885 (S. 86-I-219), la cour de cassation appelée à motiver la décision par laquelle elle voulait admettre la légalité de ces procédés, a déclaré qu'il ne résultait aucune nullité de ce que le juge, commis par un tribunal de commerce pour entendre les parties et dresser procès-verbal de leurs déclarations, ait exprimé son avis sur le litige, dans son procès-verbal.

Elle estime en effet qu'il y a là une application de l'article 428 du code de procédure civile faisant partie du titre XXVème « de

la procédure devant les tribunaux de commerce » et permettant à ces derniers d'ordonner la comparution personnelle des parties.

Un arrêt de la cour de Paris ⁽¹⁾ a motivé autrement la même solution en prétendant que les textes n'empêchent pas un tribunal de donner à un de ses membres le soin de recevoir les explications des parties pour faire un rapport ; que d'ailleurs le débat oral ne s'impose pas, qu'on peut y renoncer et que la partie qui y a alors renoncé ne peut se plaindre d'avoir été jugée sur les pièces de l'adversaire.

Ce sont de mauvaises raisons, il faut bien le reconnaître. Si la comparution personnelle des parties peut être ordonnée par le tribunal consulaire, comme par un tribunal civil, il ne faut pas en induire que cela doit supprimer tout débat, et, en tout cas, cela ne peut permettre au magistrat délégué de cette manière de diriger une discussion entre les parties et de donner son avis dans le procès verbal qu'il devra en dresser.

Quant au principe suivant lequel le débat oral ne s'impose pas, il est curieux à constater qu'il s'agit d'un principe de procédure admis depuis toujours comme une garantie sûre de la bonne justice. Il ne vaut plus guère maintenant car bien rare est dans une audience le public qui suit véritablement une discussion. Il y recherche en général des avantages matériels, mais n'importe, il suffit pour que le principe soit maintenu avec toute sa force, que chacun puisse assister à toute audience quand la loi le lui permet, or ici il n'y en a plus la possibilité.

D'autre part, il est inexact de dire qu'un tribunal peut, dans le silence des textes, donner telle ou telle mission à un de ses membres. C'est une erreur que la cour de cassation n'a pas manqué de relever à propos des commissaires du ressort de la cour de

(2) Paris 25 Mars 1914. Paris 4 Février 1917. *Revue pratique de la législation et de la jurisprudence du tribunal de commerce* 1918. 17.

Toulouse. Il est vrai que l'illégalité était encore plus flagrante, mais dans son principe elle était la même. Elle aboutissait à la création d'un mode d'instruction des procès non prévu par les codes, ce qui est, malgré tous les arguments que l'on peut apporter, juridiquement injustifiable.

Mais il est certain que le « délibéré » du tribunal de commerce de la Seine a des avantages d'ordre pratique indéniables ; il en aurait encore beaucoup plus si quelques modifications y étaient apportées et, par certains magistrats, elles l'ont été de leur propre chef.

Il faudrait d'abord supprimer les renvois en délibéré pour certaines affaires qui n'en méritent pas le soin. Il faudrait que celles qui sont admises à pénétrer dans le cabinet du juge, soient examinées avec un peu plus de sérénité qu'elles ne le sont actuellement. Il serait utile que chacun puisse exposer son point de vue, tout en connaissant celui de l'adversaire, — cela, il est vrai, pose le problème de la plaidoirie et de la représentation devant les tribunaux de commerce — il conviendrait que chaque juge charge son audience particulière de moins d'affaires que maintenant, pour pouvoir les étudier réellement, et poser des questions qui permettraient d'éviter des discussions inutiles et des redites oiseuses.

Tout cela ne rendrait pas un caractère plus légal, ni plus juridique, au « renvoi en délibéré » mais permettrait d'atténuer dans une large mesure les multiples inconvénients dont les plaideurs ne manquent pas de se plaindre.

En raison de l'abrogation par le décret-loi du 30 octobre 1935, des articles 93 et suivants du code de procédure civile, concernant le délibéré sur rapport, certains ont pu penser que la pratique suivie au tribunal de commerce de la Seine se trouvait ainsi virtuellement condamnée. Il semble qu'il n'en est rien ⁽²⁾.

(3) Cass. Req. 16 Novembre 1927 S-1928-1-170 et la note.

S'il y a bien en notre matière un délibéré et un rapport, la nature juridique de cette pratique est différente de celle prévue par les articles abrogés. Ceux-ci concernaient une phase de la procédure qui se plaçait au moment où, les débats étant clos, les parties avaient fourni toutes leurs explications. Le tribunal, pour éclairer son délibéré, confiait à un de ses membres le soin de lui présenter un rapport de l'affaire.

Cela n'est pas la pratique que nous avons décrite, où avant toutes explications le tribunal ordonne la mise en délibéré avec renvoi devant un juge.

Dans le premier cas l'affaire est terminée, le tribunal la connaît, il élabore sa décision ; dans l'autre il va seulement en commencer l'instruction : ce sont donc deux méthodes différentes appliquées en vue de buts différents, la suppression de l'une ne saurait faire tomber l'autre.

CHAPITRE III

LES ARBITRES RAPPORTEURS

Le tribunal de commerce connaît encore une autre mesure d'instruction dont la légalité peut paraître à certains points douteuse : c'est celle des arbitres rapporteurs.

Leur nom double fait prévoir une institution hybride.

On n'employait autrefois d'arbitres rapporteurs que pour examiner des comptes ou des pièces qui nécessitaient une certaine technique pour être appréciées à leur exacte valeur. Cette fonction était déjà connue sous l'ancien régime qui avait déjà reconnu la nécessité de lutter contre une extension trop grande de leur nomination. On connaissait déjà, comme maintenant, le penchant qu'ont les tribunaux pour demander à des hommes de l'art d'exécuter un travail, qui pourrait bien être celui de leurs membres.

Les ordonnances de procédure de 1563, et de 1667 avaient à ce propos posé des règles qui bientôt d'ailleurs furent transgressées par les Parlements. D'ailleurs, continuant cet usage à Paris, au tribunal de commerce de la Seine, bien souvent les affaires sont renvoyées devant « arbitres ». Cela a, il est vrai, l'inconvénient de ralentir la marche des procès, et de coûter cher aux plaideurs, mais c'est bien commode pour les magistrats.

L'article 429 du code de procédure civile dit que leur mis-

sion est et ne peut être que d'examiner des pièces. Rapidement les tribunaux, et les arbitres eux-mêmes ont essayé d'englober dans leurs missions celles qui, aux termes du code de procédure sont réservées aux experts. La raison pour laquelle ce n'est pas légal, c'est que justement le code a entouré la mission des experts d'un réseau de formalités destinées à assurer l'indépendance et la sincérité du rapport de l'expert. Ce sont les formalités de prestation de serment, sommation à la partie défenderesse d'avoir à assister aux rendez-vous, toutes garanties qui ne sont pas prévues pour les arbitres. Il est donc juste que leurs missions soient différentes.

Les arbitres, et aussi le tribunal de commerce qui leur donnait leur mission ne l'avaient pas entendu ainsi. La chambre des requêtes fut amenée le 10 juillet 1876 (S-1877-1-309), à rendre un arrêt disant « attendu qu'il ne résulte nullement des dispositions et énonciations du jugement susénoncé, que l'arbitre « nommé ait été chargé de faire aucune visite, ou estimation « d'ouvrages ni aucune constatation pouvant rentrer dans la « mission d'un expert ; qu'ainsi au cas d'urgence de cette nature il appartiendrait à la partie intéressée de constater ultérieurement les opérations de l'arbitrage ».

Si la cour n'a pas dit dans son arrêt que la mission de l'arbitre était illégale, elle a regretté, par l'organe de son conseiller rapporteur, M. Sallé, de ne pouvoir le dire. Il indiquait que si on demandait à la cour de dire que le tribunal avait eu tort de donner à l'arbitre une mission où se trouvait mêlée une mission d'expert, elle ne pouvait le juger à propos de cette affaire, car cette question n'était pas dans l'espèce. Elle a cependant tenu à affirmer le principe suivant : si l'arbitre se permet des ingérences telles que ses opérations deviennent des opérations d'expertise, ses opérations d'arbitrage peuvent être annulées.

Puisque la cour de cassation ne semble pas vouloir que ces arbitres soient des experts, — et il leur manque beaucoup de choses, pour être de vrais experts — certains ont voulu voir en eux de simples secrétaires qui permettraient au tribunal de prendre connaissance, grâce à leur travail de dépouillement et de classification, de documents qui seraient indéchiffrables à des profanes.

La cour de Paris, au contraire plus audacieuse, a admis (17 novembre 1903, S-1910-I-459) qu'un arbitre n'excède pas ses pouvoirs en s'entourant de renseignements indispensables, et en insérant dans son rapport toutes constatations et déclarations. Quelque temps auparavant (23 mai 1903, *ibid.*) la cour de Paris avait décidé que les formalités de prestation de serment n'étaient pas d'ordre public, et que l'on ne pouvait faire grief pour ce seul motif à un arbitre d'avoir étendu ses opérations à celles d'expertise, si cette nullité a été couverte par la procédure.

La cour de cassation a alors suivi dans ce chemin la voie tracée par la cour de Paris. Dans un arrêt de sa chambre des requêtes du 17 mai 1926 (*Gaz. Parl.* 3 juillet) elle a admis que l'arbitre pouvait s'entourer de renseignements : ce qui nous éloigne singulièrement de la notion de l'arbitre simple examinateur de pièces.

Il semble donc, en raison de cette résistance, que l'extension des missions des arbitres rapporteurs ne soit pas légale. Cela est surtout frappant si l'on pense à une certaine catégorie d'entre eux que l'on appelle des « arbitres contentieux ». Ce sont des personnes à qui le tribunal confie le soin d'examiner une question de droit. Il y a là une véritable délégation de juridiction, qui n'est pas admissible dans notre droit français, ou le juge doit motiver lui-même sa décision. Il se trouve alors qu'il en puise les motifs dans un travail qui n'est pas sien, qui est

fait par des gens dont l'honorabilité et la science ne sont naturellement pas en cause, mais qui ne remplissent pas les conditions voulues par la législation pour rendre des décisions de justice dans des circonstances données.

Du compulseur de pièces au déléataire d'une justice il y a là de nombreuses étapes que peu à peu la pratique et les tribunaux n'ont pas craint de franchir malgré les obstacles des lois.

CHAPITRE IV

L'EXECUTION DES JUGEMENTS CONTRE LES TIERS ET LES TRIBUNAUX DE COMMERCE

Un jugement ne devient définitif, et ne passe en force de chose jugée qu'autant qu'il n'est plus susceptible d'être attaqué par une voie de recours ordinaire. Cela n'a pas toujours été la théorie admise par notre législation. L'ordonnance de 1667 disait, à son article 5 du titre XXVII « les sentences et jugements qui
« doivent passer en force de chose jugée, sont ceux rendus en
« dernier ressort, et dont il n'y a pas appel, ou dont l'appel
« n'est pas recevable, soit que les parties y aient formellement
« acquiescé, ou qu'elles n'en eussent interjeté appel dans le
« temps, ou que l'appel ait été déclaré péri ». Il y avait donc une « force actuelle » de chose jugée (1), dès que le jugement devenait exécutoire, et cela tant qu'il n'était pas attaqué, quoiqu'il puisse encore l'être. C'était l'opinion défendue par Pigeau et par Carré, mais combattue par Favard, Langlade et Dalloz.

Cependant le texte de l'article 548 du code de procédure civile détermine nettement la solution adoptée par ses rédacteurs :
« Les jugements qui prononceront une main levée, une radia-
« tion d'inscription hypothécaire, un paiement ou quelque au-
« tre chose à faire par un tiers ou à sa charge, ne seront exé-

(1) *Boncenne*. Tome 3, p. 140.

« cutoires par les tiers ou contre eux, même après les délais de
« l'opposition ou de l'appel que sur le certificat de l'avoué de
« la partie poursuivante, contenant la date de la signification
« du jugement faite au domicile de la partie condamnée et
« sur l'attestation du greffier constatant qu'il n'existe contre
« le jugement ni opposition ni appel. »

Il se posa alors la question de savoir si une telle disposition devait ou non être appliquée aux jugements des tribunaux de commerce et si les tiers pouvaient ou non exiger, avant d'exécuter la teneur de ces décisions, la production d'un certificat du greffier contenant les mentions prévues par l'article 548 du code de procédure.

La cour de Paris jugea le 22 juillet 1854 ⁽²⁾ que l'article 548 n'était pas applicable en cette matière. Les greffiers des tribunaux de commerce ne sont pas astreints comme ceux des tribunaux civils à tenir un registre destiné à constater les oppositions aux jugements par défaut et les appels contre les jugements rendus en dernier ressort. Par suite, à son avis, les tiers ne peuvent se refuser à exécuter ces jugements sous prétexte qu'on ne leur fournit pas de certificats de non opposition ni appel. L'annotateur du Sirey approuve le sens de cette décision, il remarque que les formalités prévues par l'article 548 supposent le ministère d'un avoué dont les parties sont dispensées devant les tribunaux de commerce.

Cependant la cour de cassation rendit, après partage, le 9 juin 1856 un arrêt en sens contraire dans lequel elle précisait que les parties pouvaient et devaient forcer les greffiers à leur délivrer un certificat de non opposition ni appel. En effet rien dans le texte de l'article 548 ne précise qu'il ne s'agit que des jugements de tribunaux civils. Le texte s'exprime d'une manière générale en disant « les jugements... »

(2) Paris 22 Juillet 1854. D-56-268.

Cet arrêt avait été rendu malgré les conclusions contraires de l'avocat général M. Nicias-Gaillard qui avait soutenu sa thèse avec beaucoup de solidité. Pourquoi, disait-il, le titre VI du livre V du code de procédure ne contiendrait-il pas un article (548) spécial pour les tribunaux civils, puisque l'article 546 concerne spécialement les tribunaux étrangers et l'article 553 les tribunaux de commerce. Remarquons ici que seuls les articles d'un code sont obligatoires, et non ses titres, et que d'ailleurs il y a un titre spécial pour les tribunaux de commerce, qui renvoie à propos de certaines matières à certains autres articles, mais jamais à l'article 548. Il faisait d'autre part remarquer les difficultés pratiques qui naîtraient de cette obligation nouvelle : il y aura de nombreuses difficultés pour l'opposant à faire viser son exploit au greffe, car il peut en être fort loin ; à défaut de venir lui-même il lui faudra donner une procuration ; qui dit quelle confiance aura le greffier dans la partie qui viendra lui soumettre son exploit de signification ou son exploit d'opposition ? il n'aura avec elles aucune des garanties que peut donner le caractère de l'avoué. Celui-ci, en dehors de sa mission de mandataire exerce un ministère dont il remplit les charges sous sa responsabilité.

Il ne lui paraissait donc pas possible d'imposer ces formalités en l'absence du ministère de l'avoué, et non plus de briser une pratique vieille de cinquante ans, ni de faire condamner des greffiers pour n'avoir pas rempli des formalités qu'aucune loi ne leur imposait, et que jamais les magistrats chargés de la surveillance des greffes n'avaient songé à leurs prescrire.

La chambre civile renvoya cette affaire devant la cour de Rouen qui statua en sens opposé à celui de la chambre civile par une décision du 26 février 1857 ⁽²⁾. Elle jugea que les dis-

(3) Viv. 9 Juin 1856. D-56-1233.

(4) Rouen 26 Février 1857. D-38-2-108.

positions des articles 163 (opposition aux jugements par défaut) et 548 du code de procédure civile étaient inapplicables aux jugements rendus par les tribunaux de commerce, et qu'en conséquence les tiers ne peuvent se refuser à exécuter sous prétexte qu'on ne leur justifie pas d'un certificat de non opposition ni appel.

L'affaire revint donc devant les chambres réunies de la cour de cassation. A son propos le procureur général, M. Dupin prit des conclusions conformes à celles soutenues en 1856 par M. Nicias-Gaillard. Il exposait sa méfiance à l'égard des problèmes qui surgissent soudainement après cinquante ans de vie judiciaire, et sur lesquels les yeux officiels sont demeurés fermés, et à propos desquels les plaideurs, mûs par leur intérêt, n'ont jamais élevé la moindre protestation.

Il rappelle alors à la cour que, pour qu'un registre public doive être tenu, il faut une loi qui en prescrive les termes, qui indique quels actes y seront mentionnés, par qui, qui visera et paraphera les registres, qui déterminera le degré de confiance que l'on peut y apporter, et enfin chiffrera les droits et salaires de celui qui les tiendra. Il constate donc qu'une loi est nécessaire, et qu'il n'en existe pas en la matière. Il doute que la cour de cassation puisse trouver dans la mission qui lui est confiée par la loi, le pouvoir d'imaginer des moyens d'exécution que la loi ne prévoit pas. Il s'agit bien là à son avis d'une mesure réglementaire qu'avait prise la cour de cassation, et cela lui paraît incompatible avec sa mission.

Cependant le 13 janvier 1859 ⁽³⁾ les chambres réunies maintinrent la solution adoptée par la chambre civile et décidèrent que les articles incriminés s'appliquaient bien aux jugements des tribunaux de commerce, et qu'il fallait que les greffiers de

(5) Chambres réunies 13 Janvier 1859. S-59-1-15.

ces tribunaux tiennent un registre, et délivrent des certificats de non opposition en appel. Mais comme le ministère des avoués n'est pas obligatoire devant cette juridiction il en résulte que c'est dans ce même certificat que devoit être constatée la signification du jugement nécessaire à son exécution. De plus les mentions de la signification ou de l'opposition faites respectivement dans le certificat ou sur le registre tenu au greffe doivent être faites à la requête de la partie elle-même. Elle n'aura à cet effet qu'à remettre au greffier l'original de l'exploit de signification ou d'opposition.

Ainsi la cour de cassation a-t-elle réussi à imposer ses vues, et à forger de toutes pièces une formalité qui n'existe certainement pas dans la loi. Si le législateur avait voulu qu'un certificat dût être délivré par les greffiers des tribunaux de commerce il n'eût pas manqué de le dire. Il était alors facile de se dispenser du ministère de l'avoué en prescrivant aux huissiers chargés de signifier un jugement de tribunal de commerce, ou de délivrer un exploit d'opposition, de le dénoncer au greffier du tribunal de commerce. On aurait pu encore leur prescrire de lui apporter leurs actes pour qu'il les vise sur son registre, donnant ainsi à cette formalité le caractère de sécurité qui pouvait être apporté par un ministère officiel.

TITRE III

**LA PRATIQUE, LA JURISPRUDENCE
ET LES REGLES DE FOND
DE CERTAINS DROITS
ET DE CERTAINES PROCEDURES**

Comme nous avons eu l'occasion de le noter dans l'introduction, les rédacteurs du code de procédure civile se sont bornés à réglementer les diverses procédures qui se trouvent décrites dans leur œuvre, sans avoir cherché à indiquer à propos de l'une ou l'autre d'entre elles, ou même en préliminaires une théorie des principes qui devraient être quotidiennement appliqués par l'intermédiaire des règles posées.

Cela s'explique par ce que cette œuvre fut rédigée par des hommes qui avaient derrière eux une longue carrière de gens de loi, qui connaissaient parfaitement le mécanisme de chaque procédure. Ils n'ont pas éprouvé le besoin, à propos de chacune d'elles, de construire ou de rappeler le système qui présidait à leur organisation. Cela vient aussi de la précipitation et de la rapidité avec lesquelles fut élaboré le code de 1807 dont un besoin urgent se faisait sentir. Sans une procédure uniformément appliquée, les règles du code civil pouvaient risquer de voir leur cohésion défaite, et leurs principes mal dirigés, comme mal exécutés.

C'est en raison justement de cette absence de « théorie » que la doctrine, la jurisprudence et la pratique ont dû s'efforcer de construire les principes qui régissent telle ou telle partie de la procédure : Elles ont dû souvent faire prendre naissance à leurs efforts en utilisant comme base un seul article, quelquefois même en raisonnant *a contrario* sur cet article.

CHAPITRE I

L'ACTION EN JUSTICE

Une des conséquences de cette rédaction du code de procédure civile est que nulle part on n'y peut trouver une théorie de l'action en justice, ou même une classification des conditions qui la réglementent.

Le vocabulaire est lui-même si peu précis que sous la dénomination d'action en justice, plusieurs conceptions juridiques sont rassemblées. Pourtant différentes les unes des autres elles portent le même nom, et cela ne va pas sans créer des confusions. C'est ainsi que MM. Glasson, Tissier, Morel, dans leur traité de procédure civile (1) peuvent distinguer sous le manteau juridique de l'action en justice les principes du droit d'accès aux tribunaux, du droit d'action en justice, et de la demande en justice.

Ces diverses notions n'ont d'ailleurs, pas plus que celle plus générale de l'action en justice, reçu de la part des rédacteurs du code leur théorie. Il a fallu que ce soit la jurisprudence qui construise à leur propos les règles qui les gouvernent, et indique les limites de leur étendue, qui détermine les sanctions auxquelles peuvent s'exposer ceux qui cherchent à enfreindre ces principes.

(1) Glasson, Tissier, Morel. Traité de procédure civile. Tome I, N° 169.

Le principe général du droit français en cette matière est que ce n'est pas une faveur que de pouvoir soumettre un cas litigieux à un tribunal ; c'est un droit. C'est un droit également de pouvoir faire mettre à exécution les décisions de ces mêmes tribunaux. Mais cette liberté ne peut-elle pas avoir de fâcheuses conséquences pour autrui, ne peut-il y avoir un dommage causé par une demande téméraire, et sans fondement, ou par une défense faite de mauvaise foi ? Il est fréquent que la jurisprudence ait eu à connaître de telles espèces, et que dans un sens libéral elle ait posé la règle que la liberté d'accès aux tribunaux ne pouvait entraîner de peines, sauf si celui qui en fait abus se rend coupable de mauvaise foi, ou de dol, ou d'une faute lourde équivalente au dol.

Un des points sur lesquels l'analyse a pu se porter le plus facilement est celui de la mise à exécution des décisions de justice, alors qu'une voie de recours ordinaire ou extraordinaire était encore en suspens à leur propos. La cour de cassation faisait alors la différence suivante. Si une partie met à exécution une décision encore soumise à une voie de recours ordinaire (Jugement exécutoire par provision, et frappé d'appel par exemple), ce plaideur aura alors commis une imprudence qui peut se résoudre, pour lui, à une condamnation à des dommages-intérêts, si en définitive il succombe dans ses prétentions ⁽²⁾.

Si au contraire la décision en vertu de laquelle il poursuit son exécution ne peut plus être frappée que d'une voie de recours extraordinaire (tierce opposition ou recours en cassation par exemple) le plaideur n'a alors fait, pour reprendre la formule de la cour de cassation qu'user « de son droit légitime autant qu'incontestable » ⁽³⁾.

(2) Req. 27 Avril 1864. D-1864-1-303.

Req. 11 Juin 1903. D-1904-1-612.

(3) Req. 20 Novembre 1867 D-1868-1-267.

Naturellement dans ces diverses hypothèses la cour excepte, pour allouer alors des dommages intérêts, le cas d'une action malicieuse, et celui où la partie qui poursuit l'exécution a appris, par son assignation devant la chambre civile, que le pourvoi du défendeur ait été admis par la chambre des requêtes ⁽⁴⁾.

Cette jurisprudence paraît fondée sur le principe que lorsqu'une partie tient de la loi la permission de mettre à exécution une décision — puisque les voies de recours extraordinaire n'ont pas d'effet suspensif — il n'y a pas de témérité de la part du plaideur à tenter leur mise à exécution. Ce fondement est à vrai dire bien faible ⁽⁵⁾. Ce que l'on tient de la loi d'une manière générale et impersonnelle dans le cas des voies de recours extraordinaire, on le tient des juges eux-mêmes et dans chaque espèce, d'une manière déterminée et motivée. Il semble donc bien que ce soit dans ce dernier cas que l'assurance la plus forte de son bon droit peut être donnée au plaideur qui aura ainsi encore plus de confiance dans le bien fondé de sa mise à exécution.

D'ailleurs l'opinion de la cour de cassation étant, à ce sujet, ce qu'elle est, il en ressort bien que tout le monde peut user de la liberté qui est conférée à chacun de plaider ou d'exécuter pourvu que, soit dans son attaque, soit dans sa défense, le plaideur ne fasse pas montre de mauvaise foi ou de dol. Cela l'exposerait à être condamné à des dommages intérêts. Il est bien entendu que la condamnation aux dépens de la partie qui succombe ne peut représenter une réparation quelconque d'un préjudice qui aurait pu être causé, puisque même de la meilleure foi du monde, celui qui, pour une raison ou pour une autre, perd un procès est condamné aux dépens.

(4) Req. 27 Novembre 1867	précité.
Besançon 22 Juillet 1891	D-92-2-413
(5) Josserand en note	D-192312-49.

Le droit d'action en justice, autre élément juridique confondu dans le code sous le nom vague d'action en justice est le « pouvoir qu'a une personne, investie d'un droit d'obtenir du « juge contre une autre personne la protection d'un droit au « moyen de l'application de la loi ⁽⁶⁾. » C'est ce que le droit romain exprimait dans la définition « Jus persequendi in judicio quod sibi debetur ».

Il faut donc distinguer dans cette notion les éléments qui la constituent : nécessité d'une personne titulaire d'un droit à protéger, ou à faire valoir.

Pour agir en justice il est donc nécessaire tout d'abord qu'il existe un droit à protéger, un intérêt né et actuel. Mieux encore il faut non seulement un intérêt, mais qu'il existe un litige né et actuel. C'est ainsi qu'en dehors des cas prévus par la loi (action en demande d'un nouveau titre de rente, 28 ans après le dernier titre 226-Civ. — action en reconnaissance d'écritures 1323-Civ. - 193 C.P.C. - action en reconnaissance des droits acquis, article 128 de la loi du 9 avril 1910) la jurisprudence n'a pas paru favorable aux actions tendant à l'établissement d'un titre pouvant servir de base à une action future, aux actions provocatoires. Notamment le 6 février 1900 (S-1902-1-270) la chambre des requêtes décidait qu'une demande tendant uniquement à faire ordonner une expertise ou un constat d'immeubles n'était pas recevable, en l'absence d'une action principale que ce moyen d'instruction suppose nécessairement.

Cependant cette prohibition édictée par les tribunaux peut être facilement tournée. Il suffit, au lieu de conclure seulement à une expertise, ou à une enquête, de former, par exemple, une demande en responsabilité qui justifie, ou paraisse justifier la mesure d'instruction qui est réellement le seul but visé (Req.

(6) Glasson, Tissier, Morel. Tome 3.

17 juillet 1899, S-1899-1-512). Plus facilement encore, la jurisprudence permettra d'arriver à ces fins au moyen d'ordonnances de référés ordonnant des expertises ou des constats d'huissiers. Ce sera plus difficile pour l'enquête à futur pour les raisons indiquées au chapitre des référés.

Indépendamment de ce droit qui est la base de l'action que l'on se propose d'intenter, il faut que ce soit le titulaire de ce droit qui saisisse de sa demande les tribunaux. En outre il faut que ce titulaire du droit ait la qualité voulue pour pouvoir agir.

Primitivement cette personne ne pouvait être que physique, puis elle a pu être une personne morale constituée dans les formes lui permettant d'agir en justice. Cependant, faisant échec à la vieille règle « nul en France ne plaide par procureur » — c'est-à-dire suivant le sens nouveau de ce principe : nul ne peut plaider qu'en dévoilant son nom — la jurisprudence a admis non sans quelque résistance que les membres d'une association pouvaient valablement être représentés en justice par un seul ou quelques-uns d'entre eux.

En effet la chambre des requêtes avait d'abord décidé — 20 juin 1847 S-1848-1-212 — dans une affaire entre la compagnie de l'éclairage au gaz contre le cercle Philharmonique de Marseille, qu'un cercle littéraire ou musical, autorisé même par l'autorité administrative ne forme pas un corps moral qui puisse agir en justice par l'intermédiaire de ses administrateurs. Elle ajoutait (appliquant ainsi les principes du vieil adage qui était inscrit dans l'article 61 de l'ordonnance de 1667, mais qu'on ne trouverait pas dans le code de procédure civile), que les membres de cette réunion ont individuellement qualité pour poursuivre l'accomplissement des obligations contractées par des tiers envers ce cercle et pour en obtenir l'exécution, même intégrale, lorsque l'obligation est indivisible. La même solution

était donnée un peu plus tard par la chambre civile (25 juin 1866 S-1866-1-558.)

Cependant peu après la cour de cassation, admettait dans un esprit plus large ⁽⁷⁾ que la maxime « nul en France. . . » n'était pas d'ordre public et qu'il était permis aux parties d'y déroger? Notamment celui qui, par son adhésion aux statuts d'un cercle, accepte la clause portant que le président devra le représenter dans toutes les actions dirigées contre lui ou par lui, a, par ce fait, renoncé à se prévaloir de l'exception qu'il aurait pu invoquer de ce chef.

Puis la cour de cassation a admis ⁽⁸⁾ que les associations d'intérêt général peuvent être représentées par un administrateur parce qu'elles tiennent, tant de la nature de leur objet que de l'adhésion de l'autorité publique à leur institution, une individualité véritable. Elles peuvent donc agir, ou être actionnées, judiciairement en la personne des membres de leur conseil d'administration.

La cour instituait donc, en marge des lois, et à côté de la personnalité civile qui pouvait être régulièrement conférée à une société suivant les règles légitimes une personnalité de second ordre, ne donnant pas les mêmes prérogatives, mais permettant néanmoins d'agir en justice. La chambre des requêtes affirmait ce principe dans un arrêt du 2 janvier 1894 ⁽⁹⁾. Elle jugeait qu'une association n'ayant pas pour but la réalisation de bénéfices en argent à partager entre les associés n'est pas une société aux termes du code, mais que les associations formées dans un but d'intérêt général, spécialement les sociétés de courses, ayant obtenu l'autorisation administrative peuvent fonctionner dans le cadre de l'entreprise déterminée par leurs sta-

(7) Civ. 19 Nov. 1879 S-1880-1-56.

(8) Req. 15 Nov. 1895 S-1896-1-140.

(9) Sirey 1894-1-129.

tuts et par suite soutenir les procès qui s'y rapportent, par l'entremise de leurs administrateurs. Mais de telles associations ne sauraient acquérir ainsi la véritable personnalité civile qui, réservée aux seuls établissements reconnus par l'Etat, permet de recevoir des libéralités testamentaires.

Et malgré les protestations de la doctrine la jurisprudence de la cour de cassation admettait ⁽¹⁰⁾ qu'une société civile, aussi bien qu'une société commerciale, constitue une personne morale distincte des associés. Elle jugeait encore que ⁽¹¹⁾, comme les sociétés commerciales, elles constituent des personnes morales propriétaires du fonds social. Dès lors, l'appel interjeté contre une société civile est régulièrement notifié par copie unique — à propos d'une procédure de distribution par voie de contribution — à son avoué, quel que soit le nombre de membres dont elle se compose.

En la matière M. Meynial faisait remarquer à ce propos l'évolution de la cour de cassation. En 1836 ⁽¹²⁾ elle exigeait que tous les associés fussent en nom dans l'assignation pour ne plus l'exiger dès 1865 ⁽¹³⁾. C'était une innovation apportée par la cour de cassation, car rien dans les codes ne permet d'étendre aux sociétés civiles la faveur qui était faite aux sociétés commerciales. Il paraissait insoutenable à M. Meynial de voir la cour suprême déclarer qu'une société civile est reconnue par la loi comme une personne morale. Il manifestait le désir de voir enfin une loi régler ces diverses questions, car il est intolérable de voir une question aussi importante ne pas faire l'objet de dispositions législatives.

Il faudra attendre la loi de 1901 sur les associations pour voir

(10) Req. 23 Février 1891. S-1892-1-73.

(11) Req. 2 Mars 1892. S-1892-1-497.

(12) Cass. 8 Novembre 1836 S-1836-1-811.

(13) » S-1866-1-415.

donner à celles-ci le droit d'ester en justice, à la seule condition d'avoir rempli les formalités de déclaration. Une fois de plus l'œuvre de la loi aura été préparée et devancée par l'œuvre des tribunaux qui ont su apprécier, au mieux des intérêts des citoyens et des collectivités, les moyens nécessaires à leur représentation.

Mais outre la nécessité de l'existence d'un droit à protéger, et d'un titulaire de ce droit, il faut encore pour pouvoir agir en justice que ce dernier ait les qualités suffisantes à cet effet.

Il y a souvent en jurisprudence une confusion entre ces deux notions, et il importe de les préciser. Un exemple nous est fourni pour cela par la question qui s'était posée de savoir, avant la loi de 1920, si un syndicat professionnel avait qualité pour agir non seulement pour l'étude et la défense des intérêts économiques industriels, commerciaux ou agricoles (comme le stipulait l'article 3 de la loi du 21 mars 1884) mais encore dans le but de protéger l'intérêt général de chacun des membres du syndicat.

La chambre des requêtes avait ainsi jugé ⁽¹⁴⁾ qu'un syndicat ouvrier ne peut agir en justice contre un patron à raison de l'inexécution d'un contrat, commise vis à vis de certains de ses membres. Cette demande tendait à la défense des droits individuels d'un certain nombre de membres du syndicat, pour lesquels il n'avait qualité pour agir, aucun préjudice « syndical » n'ayant été éprouvé.

Cette solution fut combattue car il semblait improbable que, jamais un syndicat puisse éprouver un préjudice personnel légitimant une action en justice. De plus, institué pour la défense de ses membres, il devait être habilité pour agir en justice à cet effet. Cette solution fut abandonnée par un arrêt de la cour

(14) 1 Février 1893 S-96-1-329.

d'Amiens ⁽¹⁵⁾ qui estima qu'un syndicat avait qualité pour ester en justice dans un intérêt commun à ses membres, par exemple pour demander des mesures destinées à empêcher la contamination par des eaux usinées, d'étangs communiquant entre eux et appartenant à tous les syndiqués.

Et pour M. Planiol, il apparaissait alors que le critérium suivant lequel on estimait une action recevable ou non — savoir si la mesure sollicitée intéressait un seul membre du syndicat ou tous — était dénué de fondement. Il fallait y substituer à son avis celui de savoir si les syndicats agissaient en vue de la protection des intérêts généraux de la profession, ou seulement pour la protection des droits individuels, étant entendu que pouvait être mise en jeu la question des intérêts généraux de la profession à propos d'un seul des membres du syndicat.

Ainsi, la chambre criminelle de la cour de cassation jugeait-elle le 27 juillet 1907 ⁽¹⁶⁾, qu'un syndicat professionnel régulièrement constitué pour la défense des intérêts viticoles a le droit de se porter partie civile dans les poursuites du ministère public contre les délits de fabrication et de mouillage du vin, préjudiciables aux intérêts collectifs de ses membres. Il exerçait l'action en réparation du dommage éprouvé par ceux-ci, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si le syndicat a obtenu l'adhésion de tous ou même de la plus grande partie des viticulteurs.

C'est ce qu'affirmaient avec encore plus d'autorité les chambres réunies le 5 avril 1913 ⁽¹⁷⁾ en jugeant que les syndicats professionnels constituent des personnes juridiques distinctes des individus qui en font partie. Ils ont le droit d'agir en justice

(15) 13 Mars 1895 S-95-2-553

Syndicat des poissonniers de la Somme Bocquet et autres.

(16) Crim. 27 Juillet 1907. D-1908-1-129.

(17) Ch. réunies. 5 Avril 1913. S-1920-1-49.

aux fins civiles, en vue de la réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif de la profession.

Donc il y a coexistence, ou il peut y avoir coexistence, de deux droits différents, distingués par la jurisprudence : le droit reconnu depuis toujours pour chacun d'obtenir réparation du préjudice subi, droit auquel se superpose celui du syndicat de faire rendre justice aux intérêts généraux qu'il représente.

Cette dualité de qualités pour agir, ainsi énoncée et défendue par les tribunaux a été admise par la loi du 12 mars 1920 qui prévoit que les syndicats « peuvent devant toutes les juridictions « exercer tous les droits réservés à la partie civile, relativement « aux faits portant un préjudice direct, ou indirect à l'intérêt « collectif de la profession qu'ils représentent. »

CHAPITRE II

LA PROROGATION VOLONTAIRE DE JURIDICTION

L'ordre des juridictions et leur compétence est établie par la loi, et notamment en matière de compétence absolue, il paraît impossible aux parties de se soustraire aux règles édictées.

Cependant la jurisprudence a apporté de nombreux tempéraments à ce principe rigoureux. Elle se fonde, par exemple, sur la théorie de la plénitude de juridiction du tribunal civil pour admettre que des parties peuvent soumettre à cette juridiction des litiges commerciaux ⁽¹⁾. Cependant comme le fait remarquer M. Tissier, cette prorogation volontaire est absolument contraire aux prescriptions impératives de l'article 170 du code de procédure civile qui veut que « si néanmoins le tribunal était incompétent à raison de la matière le renvoi pourra « être demandé en tout état de cause, et si le renvoi « n'était pas demandé, le tribunal sera tenu de renvoyer d'office devant qui de droit ». Or, en l'espèce, à propos d'un litige commercial, c'est bien en raison de la matière que la loi veut que ce soit le tribunal de commerce qui soit saisi. Si les décisions estiment qu'il s'agit là d'une question d'ordre privé, elles font fausse route. La loi n'y est pas indifférente, puisque des tribunaux ont été spécialement organisés.

Cependant la jurisprudence s'est refusée ⁽²⁾ à admettre que

(1) Toulouse 11-1-1892. S-1893-2-17.

(2) Req. 23 Octobre 1888. S-1880-L-202.

la prorogation de compétence puisse permettre de soumettre à un tribunal un litige pour lequel il serait totalement incompétent. On ne peut porter une instance immobilière devant un juge de paix.

Mais la jurisprudence permet aux parties de renoncer aux bénéfices du principe fondamental de notre organisation judiciaire : le double degré de juridiction, et cela avant même qu'une décision soit rendue ou une demande introduite. Le droit d'appel, dit la cour de cassation ⁽³⁾, est une « faculté accordée par la loi à celui qui a été condamné en première instance ». De même qu'on peut renoncer à cette faculté après le jugement, aucune loi n'interdit aux parties d'y renoncer avant le jugement ou même avant toute contestation. La disposition de la loi du 24 août 1790 (titre IV art. 6) n'a pas été abrogée sur ce point, et d'ailleurs l'article 639 du code de commerce réserve expressément aux parties la faculté de déclarer qu'elles veulent être jugées définitivement et sans appel.

Poussant plus loin cette audacieuse théorie, la chambre des requêtes avait même admis ⁽⁴⁾ que les parties pouvaient convenir de supprimer le premier degré de juridiction et s'adresser directement aux juges d'appel. Elle estimait cette juridiction, établie par la loi pour contrôler et émender les décisions des tribunaux de premier degré, devait donner aux justiciables le maximum de garanties. Cette théorie aurait eu pour conséquence d'encombrer les juridictions d'appel de causes non instruites, alors que leur institution a pour but de réformer des jugements, s'il y a lieu, et non d'instruire, de première main, des procès.

La chambre civile en fit heureusement bonne justice ⁽⁵⁾. Elle

(3) Civ. 24 Juin 1919. S-1920-1-207.

(4) 13 Juillet 1875 S-75-1-466, 11 Nov. 1885 S-89-1-115.

(5) Civ. 12 Mars 1889. S-91-1-513.

décida que, s'il est loisible aux parties de déférer à une juridiction régulièrement saisie par voie d'appel le jugement de questions sur lesquelles la juridiction du premier ressort n'a pas définitivement statué, ou pas statué du tout, il ne peut dépendre des parties de supprimer absolument le premier degré de juridiction institué par la loi, et de saisir directement un tribunal d'une action dont il ne doit connaître que par la voie de l'appel. Notamment on ne pourrait saisir directement un tribunal civil d'une action en diffamation verbale qui serait de la compétence en premier ressort du juge de paix.

Donc dans une pareille contestation, et quelle que soit la qualification donnée à sa décision par un tribunal qui aurait été saisi de la sorte, il ne peut être valablement qualifié de jugement rendu en dernier ressort.

Ainsi après avoir étendu les dispositions législatives dans deux cas : ceux de la compétence absolue et de la renonciation anticipée du droit d'appel, la jurisprudence a maintenu fermement le principe de l'intangibilité du premier degré de juridiction, car à lui, et au fond, à lui seul, parmi ces hypothèses, la notion d'ordre public était solidement attachée.

CHAPITRE III

LES DEMANDES RECONVENTIONNELLES

On peut être étonné, à l'heure actuelle, de penser que, pendant longtemps, a été discutée la question de savoir si, en principe, les demandes reconventionnelles devaient ou non être admises.

Cela paraît simple de voir que, si Primus attaque Secundus en lui demandant un paiement ou l'exécution d'une obligation, Secundus puisse, dans la même instance, faire valoir des droits non seulement à propos de sa défense — mais contre Primus — Comme le disait Carré ⁽¹⁾ « Il est permis de s'exprimer ainsi, « c'est la réaction du défendeur contre le demandeur ; c'est « une contre attaque que le premier forme contre le deuxième. »

Cependant les législations primitives l'ont accepté difficilement, et le droit romain n'a admis les « mutae petitiones » que dans sa dernière période, et seulement pour la compensation à opposer à une demande en paiement. Le principe que ces législations tenaient à sauvegarder était celui de l'unité de l'instance qui ne devait avoir qu'un seul but. C'était ce qu'exprimait la formule romaine : « si paret, condemna, si non paret, « absolve ».

Dans notre ancien droit, la règle fut encore de ne pas admet-

(1) Carré. Théorie de la procédure civile 1828.

tre les demandes reconventionnelles, et cela pour un motif d'ordre assez matériel. En admettant la reconvention, on groupait en une seule deux instances qui souvent auraient pu se dérouler devant deux tribunaux différents. Comme la justice était pour ceux qui l'exerçaient, une source de revenus en proportion avec le nombre des causes, le désir de ne pas voir diminuer leur nombre tendait à voir éliminer les demandes reconventionnelles.

En droit canon, il n'en était pas de même car la reconvention était admise pour toutes les demandes quelles que fussent leur nature et leur qualité.

Ainsi, dans le début de notre ancien droit, la reconvention se trouvait prohibée, devant les juridictions laïques, de même d'ailleurs que la compensation car, disait Loysel « une dette n'empêche pas l'autre » ⁽²⁾. Mais à partir du XVI^{ème} siècle, les pays de droit coutumier s'affranchissent de ces règles. On disait en 1580 : « Reconvention en cour laye n'a lieu, si elle ne « dépend de l'action et que la demande en reconvention soit « la défense contre l'action premièrement intentée, et en ce cas « le défendeur, par le moyen de ses défenses, peut se constituer « demandeur ». Cette interprétation était consacrée par Dumoulin dans sa dissertation sur l'article 88 de la coutume du Bourbonnais, et était déjà admise par plusieurs arrêts du Parlement de Paris ⁽³⁾.

Dans le ressort de la coutume de Paris la jurisprudence était favorable aux demandes reconventionnelles et le principe se généralise ⁽⁴⁾. On admet alors que les demandes reconventionnelles peuvent se former en toutes sortes de causes, comme on pouvait former toutes sortes de demandes incidentes. Ce qui est

(2) Loysel. *Institutes Coutumieres*, livre 5 titre 2 art. 3-.

(3) 19 Juillet 1564.

(4) Boncenne. *Procédure civile*. Tome VI.

admis, c'est qu'elles sont possibles même quand elles ne dépendent pas de l'action intentée. Mais au moins (ce n'était plus nécessaire en cour ecclésiastique) elles devaient être une défense contre l'action intentée par le demandeur.

C'est environ dans cet état que se trouve la position du droit français à l'égard des demandes reconventionnelles quand paraît le code de procédure civile. Cette matière n'apparaît que dans deux articles, dans lesquels il n'y est pas fait nettement allusion.

— Art. 54 (au titre de la conciliation). — « Lors de la comparution le demandeur pourra expliquer, même augmenter sa demande, et le *défendeur former celles qu'il jugera convenables* ».

— Art. 464, au chapitre de l'appel. — « Il ne sera formé en cause d'appel, aucune nouvelle demande, à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale ».

Il n'y a rien de plus dans la loi, rien dans la discussion, seulement quelques vagues phrases dans l'exposé des motifs. Il faudra chercher dans les observations du tribunal de cassation sur le code de procédure civile (5) pour trouver l'état de la doctrine et de la jurisprudence à cette époque.

L'autre texte législatif du début du XIX^{ème} siècle dans lequel il est question de la reconvention est la loi du 11 avril 1838 sur les tribunaux civils de première instance qui traite dans son article 2 de l'influence des demandes reconventionnelles sur la compétence.

Cela occupe pourtant dans la vie judiciaire une grande place car cette méthode a l'avantage de faire l'économie d'un procès, d'éviter des contrariétés de dispositions sur une même question, de permettre d'opposer la compensation.

(5) Recueil Sirey. Tome 9, page 1.

Alors que le tribunal de cassation aurait voulu admettre la possibilité de former des demandes reconventionnelles dans tous les cas où cela n'aurait pas été prohibé, les rédacteurs du code s'en sont à peu près tenus aux règles de l'ancien droit.

Cependant en s'emparant de l'article 464 du code de procédure civile, la jurisprudence a étendu le champ d'application des demandes reconventionnelles. Elle précise que la demande reconventionnelle tendant à un avantage distinct profitant à celui qui la forme, sera recevable si elle est une défense à l'action principale, par exemple ⁽⁶⁾ en demandant la nullité du titre en vertu duquel on est poursuivi. C'est bien une défense puisque cela fera échec à la prétention du demandeur, et en même temps le défendeur obtiendra une satisfaction personnelle indépendante du rejet de la demande principale.

Et comme le fait remarquer M. de Paepe ⁽⁷⁾ peu importe qu'elle n'ait pas la même cause — c'est la *reconventio exdipari causa* — pourvu que son objet soit de rendre impossible la condamnation demandée, ou de la réduire, si elle est recevable.

S'inspirant de ces idées, la jurisprudence en a fait une nombreuse application en déclarant recevable une demande en nullité de legs formés par un héritier comme demande reconventionnelle à propos d'une demande en délivrance de legs ⁽⁸⁾, ou encore une demande en reconnaissance de droit à une servitude greffée sur une demande en négation de servitude ⁽⁹⁾.

Mais, même sans être essentiellement une défense à l'action principale, la demande reconventionnelle est admise quand elle

(6) Civ. 12 Décembre 1917. S-1920-1-23.

(7) De Paepe. Tome II, pp. 209-210.

(8) Req. 27 Novembre 1848. S.-1849-1-12.

21 Février 1899. S-1899-1-136.

(9) Civ. 30 Mai 1861. S-1861-1-519.

est connexe à cette dernière ⁽¹⁰⁾. C'est ainsi que le défendeur à l'exécution de certaines clauses d'un contrat peut dans la même instance demander par reconvention l'exécution d'autres clauses. Il y a bien la même cause : le contrat mais il n'y a pas réellement défense à l'action principale puisqu'il s'agit en l'espèce d'une demande qui aurait pu exister indépendamment de celle précédemment formée.

Dans le même ordre d'idées, il aurait paru logique que la jurisprudence admit la demande reconventionnelle du demandeur, mais soucieuse de maintenir le principe admis dans notre ancien droit « Reconvention sur reconvention ne vaut », elle écarta cette solution ⁽¹¹⁾. Elle argua des complications qui naîtraient dans l'instruction des procès si on l'admettait. Il semble au contraire qu'il eut été d'une meilleure administration de la justice de permettre la fusion de différentes instances en une seule.

Est-il possible de former une demande reconventionnelle au cours d'une instance d'opposition à une poursuite d'exécution en vertu d'un titre paré? L'ancien droit avait admis la solution négative, sauf le cas d'une compensation ou d'une liquidation faciles à opérer, et la doctrine était du même avis, à condition que la validité du titre ne soit pas remise en jeu. Cependant la jurisprudence a reconnu à ces demandes le caractère de demandes reconventionnelles dans le cas où le débiteur demanderait des dommages intérêts à raison du préjudice qu'il a subi ⁽¹²⁾.

Quant à la manière de juger les demandes reconventionnelles, la jurisprudence a admis qu'en principe les magistrats de-

(10) Civ. 9 Juin 1886. S-1886-1-425.

(11) Metz 18 Mars 1855. S-55-2-349.

(12) Civ. 8 Août 1860 S-61-1-779.

Req. 6 Janv. 1892. S-92-1-150.

Civ. 30 Juin 1909. S-11-1-378.

vaient statuer sur le tout en un seul et même jugement ⁽¹³⁾.
 « Toute demande reconventionnelle étant une défense à l'ac-
 « tion principale dit la cour de cassation, le juge à qui elle est
 « soumise ne peut se dispenser de la juger en même temps lors-
 « qu'il est compétemment saisi ».

Cependant le magistrat apprécie souverainement la question de savoir s'il peut ou non renvoyer sa décision sur ce chef à une date plus éloignée ⁽¹⁴⁾. Mais dans ce cas, malgré certaines décisions qui prétendent que le juge devient alors incompétent si la demande reconventionnelle n'aurait pas été de sa compétence comme demande principale ⁽¹⁵⁾, il faut admettre, avec la jurisprudence actuelle, qu'il reste valablement saisi. La mesure d'administration de la justice, ainsi prise par lui, ne peut préjudicier aux intérêts des plaideurs.

D'ailleurs si la demande principale est nulle la demande reconventionnelle qui est greffée sur elle le sera également. Néanmoins la jurisprudence a admis ⁽¹⁶⁾ que le juge resterait alors valablement saisi s'il était compétent territorialement ou si les parties acceptaient cette manière de procéder.

Le taux du dernier ressort et les demandes reconventionnelles

La compétence des juridictions étant définie, en ce qui concerne le dernier ressort, par le montant chiffré des demandes il importait de définir le rôle que pouvait jouer les demandes reconventionnelles dans ce calcul.

Le droit romain, l'ancien droit, et le code de procédure civile avaient admis le même principe : le quantum des demandes

(13) Cic. 9 Juin 1886 déjà cité, 9 Juillet 1912, S-13-1-245.

(14) Civ. 22 Juin 1854. S-55-1-804.
 2 Février 1912. S-12-1-369.

(15) Req. 13 Juillet 1885. S-86-1-26.

(16) Civ. 13 Août 1868. S-69-1-447.

reconventionnelles aurait le même effet que celui des demandes principales, il y avait parallélisme.

Dans son projet le tribunal de cassation avait au contraire proposé de cumuler le montant des deux demandes. Sa proposition ayant été refusée, il réussit à la faire triompher par sa jurisprudence. Cependant ce succès fut de courte durée, car les lois des 11 avril et 15 mai 1838 décidèrent qu'il fallait évaluer séparément le montant des deux demandes.

Néanmoins quand il s'agit d'une demande reconventionnelle en dommages intérêts fondée sur les faits mêmes du procès, c'est le montant de la demande principale qui détermine le taux de premier ressort. Mais une demande en dommages intérêts fondée sur des faits distincts de la demande originaire, fussent-ils de simple chicane, ou artificiels, ou même imaginaires donne à une instance en ce qui la concerne la qualité d'être susceptible d'appel ⁽¹⁷⁾. Il est à noter d'ailleurs que les cours d'appel résistent à cette manière de voir, car cela permet, quand la demande reconventionnelle est bien présentée, d'éviter facilement le couperet du dernier ressort.

Là où les textes légaux n'avaient fait que conserver des règles déjà connues, la jurisprudence a réussi à élargir leur champ d'application. Malgré les inconvénients que peuvent présenter les demandes reconventionnelles — retard dans la marche du procès, suppression du préliminaire de conciliation, et exceptions faites aux règles générales de la compétence — la facilité qui est ainsi accordée paraît présenter des avantages considérables puisqu'elle permet de faire l'économie d'un procès, de faciliter le jeu de la compensation, et encore d'éviter des contrariétés de décision, ce qui est une source infinie de troubles.

(16) Civ. 11 janvier 1922. S-22-1-111.

CHAPITRE IV

L'INTERVENTION

Il n'est traité de l'intervention dans le code de procédure qu'au paragraphe 2 du titre seizième (Des Incidents) Tome II, première partie, et cela en trois articles 339, 340 et 341 et par l'article 466 au titre de l'appel, qui précisent seulement comment l'intervention sera formée et comment elle sera jugée. Cais il n'est dit nulle part ce qu'est l'intervention, et quelles sont ses règles.

Le tribunal de cassation l'avait ainsi définie à l'article 121 de son projet « L'intervention est une voie qu'on prend pour se « rendre incidemment partie dans un procès, soit pour prendre le fait et cause des parties, soit pour quelque intérêt particulier qui diffère de celui des plaideurs, mais qui a quelque « connexité naturelle avec la contestation élevée entre eux. »

Il faut donc distinguer deux interventions. L'intervention volontaire ou active est une voie préventive permettant au cours d'une instance de sauvegarder des intérêts qui ne pourraient plus l'être que par une tierce opposition. L'intervention passive ou forcée est une voie permettant aux plaideurs de faire entrer dans leur procès des personnes qui devront leur porter secours ou les décharger des condamnations qui pourraient être prononcées. On peut encore distinguer avec M. de Paepe (1) l'in-

(1) De Paepe, T. 1, p. 448 et

tervention principale née d'un droit propre et l'intervention accessoire motivée par le désir de surveiller ou d'aider une partie en cause.

La cour de cassation avait commencé par juger ⁽²⁾ que l'intervention ne pouvait avoir lieu devant elle, mais le 29 décembre 1893 ⁽³⁾, adoptant une thèse différente elle jugeait que l'intervention était possible devant elle à la condition de se justifier par des circonstances exceptionnelles et des raisons qu'il lui appartient d'apprécier.

C'est ainsi que la chambre des requêtes jugea ⁽⁴⁾ qu'était admissible, comme étant justifiée par un intérêt manifeste, l'intervention, devant elle, du donataire d'un domaine sur lequel existait un chemin litigieux entre le donateur et un tiers, la donation étant postérieure à la contestation engagée.

Mais cette voie est-elle admise en toutes matières? Il semblerait bien qu'il existe certains procès qui ne peuvent en être l'objet, notamment ceux intéressant les droits personnels des individus. C'est la solution qu'avait adoptée la cour de cassation à propos d'un litige ayant trait à un désaveu de paternité ⁽⁵⁾, et à une rectification d'état civil ⁽⁶⁾. Cependant dans les motifs d'arrêts postérieurs ⁽⁷⁾, si la cour de cassation maintient bien la même solution, elle indique dans ses motifs que les tiers qui veulent agir par voie d'intervention dans ces espèces ne sont pas recevables à le faire sauf en cas de dol, ou de fraude.

Mais c'est là un principe qui peut paraître dangereux, car il

(2) Civ. 7 Décembre 1853. S-54-1-137.

(3) Civ. 20 Décembre 1893. S-94-1-133.

(4) Req. 22 Février 1897. S-97-1-343.

(5) Req. 6 Juillet 1836. S-36-1-639.

(6) Req. 6 Août 1860. S-60-1-911.

(7) Req. 10 Nov. 1902. S-03-1-180.

Civ. 23 Janvier 1912. S-12-1-397.

est en sens contraire du principe posé par le code civil, qu'il est des droits « *exclusivement attachés à la personne.* »

Enfin la jurisprudence paraît ne pas admettre que l'intervention soit admissible au cours d'une instance ouverte ensuite d'une requête civile ⁽⁸⁾. Cette solution est motivée par le fait que la requête civile est une voie de recours extraordinaire à laquelle ne sont pas applicables toutes les règles de la procédure civile. Elle doit être critiquée, car si la requête civile est une voie de recours extraordinaire, le pourvoi en cassation en est également une, et, comme nous l'avons vu, l'intervention est admise devant la cour de cassation.

Elle est recevable en tout état de cause, même après les plaidoiries ⁽⁹⁾, pourvu qu'elle ne retarde pas le jugement de la cause principale, et que le tribunal puisse statuer en même temps sur la demande principale et sur celle de l'intervenant. Si cela n'est pas possible le tribunal devra disjoindre les deux demandes sans pour cela rejeter l'intervention.

Mais comme au point de vue procédure, cette voie n'est qu'un incident (car c'est sous cette rubrique qu'elle est traitée dans le code) elle suit le sort de la demande principale. Cependant la cour de cassation a à ce propos déclaré dans un arrêt ancien ⁽¹⁰⁾ que l'intervention continuait de subsister même quand le demandeur principal s'était désisté.

La jurisprudence est unanime à déclarer que, pour intervenir, il faut et il suffit de justifier d'un intérêt dont la nécessité de la protection apparaisse au juge qui l'apprécie souverainement.

En dehors des cas prévus par la loi, notamment par l'article 1167 du code civil, permettant l'exercice de cette action dans un but conservatoire, la jurisprudence l'admet pour les protec-

(8) Bourges 17 Mars 1915. S-17-2-117.

(9) Lyon 18 Janvier 1868 S-68-2-131.

(10) Civ. 30 Avril 1818 S-24-3-58.

tions d'intérêts pécuniaires, moraux, futurs, éventuels même, et cela également pour la protection des intérêts d'ordre corporatif, syndical ou d'association.

Comme intérêts pécuniaires la cour de cassation a admis ⁽¹¹⁾ que le mari, qui assistait et autorisait sa femme dans l'instance formée par elle en révocation de donation de biens dotaux faits à sa fille, a pu valablement, par voie d'intervention en cause d'appel, exercer l'action en reprise de ses biens, qui lui appartiennent en qualité d'administrateur de la dot.

Elle a voulu protéger un intérêt moral en admettant ⁽¹²⁾ que le tiers contre lequel un écrit produit en justice contient des imputations diffamatoires a le droit d'intervenir dans l'instance — alors même que cet écrit serait relatif à la cause — pour demander sa suppression, ainsi que la réparation du préjudice que ces imputations ont pu lui causer ⁽¹³⁾.

La jurisprudence a de même protégé un intérêt futur, ou même éventuel en admettant, comme l'a fait la cour de Paris ⁽¹⁴⁾, qu'une compagnie d'assurances contre les accidents qui a garanti un assuré contre la responsabilité civile, est recevable dans l'intervention qu'elle forme devant la cour d'appel dans une instance entre l'assuré et un tiers; instance dans laquelle est mise en cause la responsabilité qu'elle a garantie par la police, de telle manière qu'en cas de condamnation de l'assuré, le recours de celui-ci contre la compagnie pourrait être justifié.

Pour protéger les intérêts corporatifs, la jurisprudence a admis qu'une corporation comme celle des huissiers est recevable à intervenir dans un procès intéressant un ou plusieurs de ses membres qu'on a frustrés, par suite de pactes illicites passés

(11) Req. 12 Mai 1908 S-11-1-113.

(12) Req. 2 Juillet 1866 S-66-1-316.

(13) Il est à noter que cette intervention est soumise à la prescription de 3 mois de l'art. 65 de la loi du 29 juillet 1881.

(14) Paris 28 Avril 1913 S-19-2-9.

avec d'autres membres, d'émoluments prévus par le tarif ⁽¹⁵⁾. Une chambre des notaires est recevable à intervenir en appel dans une instance engagée contre un notaire, et portant sur le point de savoir si les ventes mobilières contenant accessoirement cession de droits incorporels sont dans les attributions des notaires ⁽¹⁶⁾. Les avocats d'un tribunal sont recevables à intervenir sur la demande d'un avoué tendant à être admis à plaider certaines causes ⁽¹⁷⁾. Un bâtonnier doit être admis, au nom de l'ordre qu'il représente, à soutenir devant la cour que la décision du conseil de l'ordre n'est pas sujette à appel pour tel ou tel motif ⁽¹⁸⁾. Le ministère public, institué pour surveiller la stricte exécution des lois, a qualité pour prendre des réquisitions dans une affaire dans laquelle un avoué prétend exercer le droit de plaider ⁽¹⁹⁾. Une solution identique a été admise pour les commissaires priseurs ⁽²⁰⁾, et aussi pour les syndicats professionnels ⁽²¹⁾.

Cependant cette possibilité d'intervention et la recevabilité de cette action sont liées à la nécessité de pouvoir justifier de ce que les intérêts corporatifs peuvent être atteints. C'est ainsi que, lorsque cet intérêt n'était pas démontré, l'intervention est rejetée. La cour de Caen a ainsi décidé ⁽²²⁾ que le syndic de la chambre des notaires n'est pas recevable à intervenir dans une instance en restitution de salaires indûment perçus, introduite par un notaire contre un conservateur des hypothèques, et en-

(15) Req. 25 Juillet 1870 S-72-1-122.

(16) Besançon 28 Juillet 1877 S-72-2-133.

(17) Nîmes 1833 S-34-2-151.

(18) Bordeaux 23 Février 1910. Req. 30 Juin 1910 S-1912-1-33.

(19) Alger 10 Avril 1895 S-97-2-57.

(20) Civ. 17 Décembre 1919 S-21-1-349.

(21) Besançon 14 Novembre 1900 S-01-1-98.

Conseil d'état 6-12-1893 S-14-3-85.

(22) Caen 16 Mai 1884 S-85-2-113.

core dans une instance entre un notaire et un de ses clients ⁽²³⁾. D'ailleurs le plus souvent quand une corporation est ainsi admise à défendre ses intérêts à propos d'une instance liée entre deux parties, les décisions laissent à sa charge les dépens nécessités par sa présence.

Mais la jurisprudence a pu admettre qu'il n'était pas absolument nécessaire que l'intervenant fût un tiers au sens juridique du mot, c'est-à-dire même s'il était déjà représenté à l'audience par son débiteur, par exemple, ou par le syndic de la faillite dont il est le créancier. Cette solution n'a été admise que d'une manière limitée. Il faut pour ces intervenants justifier d'un intérêt distinct et d'un moyen spécial et personnel ⁽²⁴⁾. La jurisprudence s'est refusée à l'admettre dans des cas où elle aurait paru bien justifiée. C'est le cas du contribuable demandant à intervenir dans une action en responsabilité — fondée sur la loi de Vendémiaire an IV — introduite contre sa commune. Son intervention a été rejetée sous le prétexte qu'il ne pouvait avoir d'autre intérêt que celui de tout contribuable appelé à figurer dans la répartition ultérieure des sommes avancées par la commune ⁽²⁵⁾. On avouera cependant que cet intérêt est essentiel, et que, comme, en fin de compte, c'est le contribuable qui est le débiteur réel, il aurait du être admis à faire valoir les moyens qu'il pouvait avoir.

De même les actionnaires d'une société en liquidation, n'ont pu intervenir aux fins d'obtenir la révocation du directeur gé-

(23) Paris 9 Décembre 1859 S-60-2-97.

Rennes 4 Juillet 1865 S-66-2-109.

(24) Grenoble 26-1-23 S-23-2-60.

Req. 10 Novembre 1890 S-91-1-241.

Req. 12 Mars 1900 S-00-1-302.

(25) Req. 2 Mars 1875 S-75-1-220.

néral de la société, comme étant représentés par le liquidateur ⁽²⁶⁾.

En appel, l'article 466 exécute cette question d'une sèche petite phrase « aucune intervention ne sera reçue si ce n'est de la part de ceux qui auraient droit de former tierce opposition ».

C'est là une restriction sur notre législation de l'ancien droit qui prévoyait — article 28 du titre XI de l'ordonnance de 1667 — que l'intervention était dans ce domaine libre. Cependant cette règle se comprend car il faut éviter d'encombrer les juridictions d'appel d'instructions de procès non jugés, et cependant il faut supprimer les dangers inhérents à la relativité de la chose jugée ou à la possibilité des tierces oppositions.

C'est dans ce but que la cour de cassation a déclaré recevables, en cause d'appel, les interventions de ceux qui auraient pu former tierce opposition. Les juges doivent statuer à leur propos, bien que l'appel soit rejeté comme non recevable, car le sort de l'intervention ne dépend pas du sort de l'appel, quand leurs buts sont différents ⁽²⁷⁾.

Ainsi l'acquéreur d'un immeuble est recevable à intervenir en cause d'appel dans l'instance en délaissement introduite par son vendeur contre un premier acheteur qui détiendrait indûment les biens vendus ⁽²⁸⁾. L'acquéreur a en effet qualité et intérêt dans un litige qui met en question la vente qui lui a été consentie.

Plus spécialement la chambre des requêtes a décidé ⁽²⁹⁾ que, si un créancier est l'ayant-cause de son débiteur pour les jugements rendus contre celui-ci, et si en conséquence il ne peut être admis, en appel, dans un débat lié entre son débiteur et

(26) Paris 18 Avril 1912 S-14-2-129.

(27) Civ. 16 Juillet 1832 S-34-1-540.

(28) Req. 24 Février 1896 S-96-1-485.

(29) Req. 14 Avril 1891 S-95-1-403.

un tiers, ce principe doit cesser d'être appliqué si l'existence d'une collusion entre le débiteur et une partie adverse est sérieusement alléguée.

Cependant l'intervention ne paraît recevable, en cause d'appel, que si les conclusions de l'intervenant se rattachent à un chef de contestation dont les premiers juges ont été saisis à l'égard des parties en cause ⁽³⁰⁾.

Dans une espèce, un peu particulière, la chambre civile a admis à l'intervention en appel un plaideur qui n'était pas un véritable tiers. Elle a jugé que le subrogé a qualité pour intervenir dans le but de faire valoir des moyens de défense, notamment la péremption d'instance que le subrogeant aurait pu invoquer ⁽³¹⁾. Il ne s'agissait d'ailleurs pas d'une véritable intervention, car il faut reconnaître qu'en première instance, le subrogé avait été représenté par le subrogeant.

Quant à l'intervention accessoire, elle peut aussi s'exercer en appel : il faut seulement pouvoir justifier d'un droit auquel le jugement rendu porterait atteinte. C'est ainsi que les tiers qui se prétendent injuriés ou diffamés par des écrits produits en justice et relatifs à la cause d'appel, peuvent intervenir aussi bien qu'en première instance pour demander la suppression de ces écrits. C'est là un échec au principe suivant lequel nul ne peut intervenir en cause d'appel que celui qui serait recevable à former tierce opposition ⁽³²⁾. On avait voulu combattre la thèse de l'arrêt en arguant d'un autre arrêt de cassation du 2 juillet 1866 — S-66-1-318 — qui avait adopté la solution contraire, mais il y avait là une confusion à ne pas commettre, car dans la dernière espèce les imputations injurieuses résultaient des motifs de la décision. Faisant application de mêmes princi-

(30) Civ. 29 Août 1870 S-71-1-157.

(31) Civ. 25 Février 1913 S-16-1-105.

(32) Req. 10 Février 1869 S-69-1-357.

pes, la cour de Poitiers a jugé ⁽³⁴⁾ que le tiers qui se prétend lésé par les motifs d'un jugement n'a pas le droit d'intervenir en appel pour demander la réformation des motifs du jugement alors que le dispositif ne contient aucune mention expresse le concernant. Mais son intervention est recevable pour demander, soit la suppression de conclusions de première instance et d'appel contenant des expressions diffamatoires et injurieuses pour lui, soit des dommages intérêts.

En matière d'appel de référé, la cour de Paris avait d'abord jugé ⁽³⁴⁾ qu'il n'y avait pas de possibilité de former une intervention en raison de ce qu'il n'y avait pas de tierce opposition. Cependant par arrêts des 9 juillet 1891 et 7 juin 1894 ⁽³⁵⁾ elle a admis la solution contraire en indiquant que la règle posée par l'art. 466 était générale et absolue, et que du moment qu'un préjudice peut être causé à quelqu'un par une décision, ce dernier doit être recevable à intervenir.

Enfin, en appel une prétention formulée par l'intervenant dans son intérêt personnel, ne constitue pas une demande nouvelle tombant sous le coup de l'article 464 du code de procédure civile, à condition néanmoins qu'elle se rattache aux conclusions déjà prises par les autres parties ⁽³⁶⁾.

L'intervention forcée.

Cette partie de l'intervention n'est étudiée et réglementée par aucun texte du code, qui s'est seulement préoccupé de la demande en garantie. Leurs buts sont pourtant différents puisqu'en notre matière il s'agit de faire rendre commun à d'autres

(33) Poitiers 17 Novembre 1886 S-88-2-57.

(34) Paris 28 Novembre 1868 S-69-2-54

(35) Paris 9 Juillet 1891 S-95-2-301
7 Juin 1894.

(36) Req. 4 Août 1862 S-62-1-773.

parties un jugement. Elle était prévue par l'ordonnance de 1667 (art. 27, litre XI) et par le règlement du 27 juin 1738.

Il est plus délicat de fixer les limites en cette matière que pour l'intervention volontaire, car il s'agit de distraire, peut être, un individu de ses juges normaux. Il ne faut donc pas seulement pouvoir arguer d'un intérêt, mais encore d'un droit.

La jurisprudence a donc admis en premier lieu que peuvent être forcés d'intervenir dans un procès, et même en cause d'appel (malgré le principe fondamental du double degré de juridiction), ceux qui auraient eu le droit de former une tierce opposition ⁽³⁵⁾.

A ce propos même, MM. Glasson, Tissier, Morel, font justement observer que cette jurisprudence ne peut vraiment s'appliquer que si on n'admet à la tierce opposition que ceux dont les droits sont atteints par un jugement où ils ne sont ni appelés ni représentés, et non tous ceux qui ne pourraient justifier que d'un simple droit pour former leur tierce opposition.

En outre, il faut que cette demande d'intervention soit assortie de conclusions tendant à une condamnation ⁽³⁶⁾. Ici encore cette jurisprudence peut paraître contestable, car une instance peut fort bien avoir pour objet la reconnaissance judiciaire d'un droit, et ne pas forcément tendre à une condamnation.

Une question divise la cour de cassation sur le point de savoir si un tribunal ou une cour peuvent ordonner d'office l'intervention d'un tiers dans un procès. La chambre civile a jugé ⁽³⁷⁾ qu'aucune disposition ne permet aux juges d'ordonner la mise en cause de tiers étrangers au procès. La chambre des

(37) Paris 19 Novembre 1923 D-24-2-51.

Req. 23 Février 1930 S-21-1-265.

Req. 11 Mai 1908 S-14-1-355.

Req. 9 Mars 1903 S-08-1-46.

(38) Req. 22 Juin 1897 S-98-1-237.

(39) Civ. 9 Janvier 1923 S-23-1-128.

requêtes au contraire avait précédemment admis ⁽³⁸⁾ que le tribunal saisi d'une contestation peut ordonner « à titre d'instruction » la mise en cause d'un tiers. Malgré la précaution de cette formule, la question reste entière ; et il faut bien dire que les principes de l'organisation judiciaire française militent en faveur de la théorie de la chambre civile. Dans notre procédure, les magistrats n'ont qu'un rôle passif dans la marche de l'instance et n'ont pas qualité pour diriger la procédure et donner des ordres aux parties.

Ces indications peuvent montrer l'importance réelle de la théorie de l'intervention, et l'intérêt qu'il y aurait eu à ce que ces principes, ou tout au moins leurs éléments, fussent posés dans un texte du code de procédure civile. C'est bien toute une théorie que l'on trouve dans la jurisprudence. Partie de quelques règles de procédure pratique, elle a abouti à donner une définition à l'intervention, à déterminer ses conditions de recevabilité, et les juridictions devant lesquelles elle était admissible.

(40) Req. 2 Août 1876 S-77-1-308.

CHAPITRE V

LA TIERCE OPPOSITION

Plus favorisée que l'intervention, la tierce opposition voit un article du code de procédure civile (474 au titre 1er des voies de recours extraordinaires, du livre IV) indiquer les conditions dans lesquelles les plaideurs peuvent avoir recours à elle : « une « partie peut former tierce opposition à un jugement qui pré-judicie à ses droits, et lors duquel ni elle, ni ceux qu'elle « représente n'ont été appelés ».

Les travaux préparatoires font observer que ses antécédents historiques sont incertains. En tout cas, les données trouvées dans le code ont été jugées insuffisantes par la jurisprudence qui a été forcée à déterminer dans quelles conditions pouvait être formée cette voie de recours extraordinaire.

Elle est ouverte d'abord à ceux qui peuvent se plaindre d'une fraude et en justifier. Un jugement du tribunal civil du Rhône, dont la solution était plus tard adoptée par la chambre des requêtes (5 mai 1898 D-1899-1-48) décidait que les héritiers d'une personne, en principe réputés avoir été représentés par leur auteur dans les instances où il a été partie, sont néanmoins recevables à former tierce opposition contre un jugement de séparation de biens qu'ils prétendent avoir été obtenu en fraude de leur droit. Dans cette espèce, héritiers réservataires, ils agis-

saient pour sauvegarder leur droit à la réserve, droit distinct de ceux qu'ils tenaient de leur auteur. Ils peuvent exercer cette action dans le délai de 30 ans ⁽¹⁾.

Il est en effet judicieux de remarquer que l'auteur qui, intentionnellement, a agi en fraude des droits de ses héritiers ne les représente pas.

Dans une première opinion jurisprudentielle la tierce opposition était une voie de recours toujours recevable, parce qu'elle était toujours nécessaire. En effet on soutenait que l'autorité de la chose jugée s'imposait à tous, et que pour la combattre il fallait intenter une action. Mais cela faisait fi du principe de l'autorité relative de la chose jugée, et on pouvait lui faire remarquer qu'un tiers se trouvait alors moins bien placé qu'une des personnes partie à l'instance : il était exposé à une amende du fait même de sa tierce opposition.

Cette opinion est abandonnée depuis un arrêt de la chambre des requêtes du 23 mai 1822 (S-83-1-97) dont la solution s'est encore trouvée confirmée par une autre décision de la même juridiction ⁽²⁾. La tierce opposition n'est qu'une voie de recours facultative, les tiers peuvent opposer la règle: *res inter alios judicata*, et pour repousser cette chose jugée en dehors d'eux les tiers sont admis à prouver leurs droits devant la juridiction compétente.

Puis après avoir admis que cette voie de recours était seulement nécessaire, la jurisprudence décide maintenant qu'elle ne l'est jamais, mais quelle est ouverte à toute partie qui se plaint d'un préjudice ⁽³⁾. Mais comme elle n'est pas nécessaire, les tiers qui se plaignent d'une décision qui leur causerait du tort, ne sont aucunement forcés de prendre les devants pour

(1) Rhône 13 Mai 1927 D-29-2-54.

(2) Req. 11 Décembre 1918 D-21-1-172.

(3) Civ. 2 Mai 1927 G. P. 1927-2-211.

en paralyser les effets. Ils peuvent fort bien attendre qu'on leur en demande l'exécution et rester dans l'attente ⁽⁴⁾.

La première condition mise par la jurisprudence à son exercice est qu'il faut avoir la qualité de « tiers », — ou, à défaut d'être de véritables tiers, avoir des moyens personnels à faire valoir ⁽⁵⁾. La chambre des requêtes a décidé que les créanciers sont recevables à former tierce opposition à un jugement rendu contre leur débiteur lorsqu'ils ont à faire valoir dans l'instance des moyens personnels non invoqués par leur débiteur ; ou encore quand ils peuvent se plaindre de fraude ⁽⁶⁾ comme le dit la cour de Paris. Les créanciers, même hypothécaires, et ceux réputés représentés par leur débiteur dans les instances relatives à la propriété de l'immeuble hypothéqué, ne peuvent, *sauf le cas de fraude ou s'ils ont à faire valoir des moyens personnels*, former tierce opposition aux jugements intervenus entre leur débiteur et les tiers.

Un arrêt a jugé ⁽⁷⁾ que, pour que les créanciers hypothécaires puissent former tierce opposition aux jugements rendus entre leurs débiteurs et les tiers il faut justifier au moins de la fraude du débiteur ; et encore de la participation personnelle des tiers à la fraude quand ces derniers sont des acquéreurs à titre onéreux.

La seconde condition est qu'il faut justifier d'un préjudice subi. Une tierce opposition dit la cour de cassation ⁽⁸⁾, est recevable dès lors que les juges du fait, dont l'appréciation sur ce point est souveraine, constatent que la décision attaquée par le tiers-opposant pouvait donner contre lui ouverture à des actions en dommages intérêts ou en responsabilité.

(4) Seine 15 Mars 1929 D. H. 1929-275.

(5) Req. 31 Juillet 1895 S. 99-1-385 et les arrêts cités en note.

(6) Paris 19 Novembre 1923 S. 24-2-54.

(7) Civ. 21 Octobre 1891 S-01-1-504.

(8) Ch. Civ. 17 Juillet 1910 D-13-1-43.

Après avoir été longtemps défavorable à la tierce opposition en matière de référé, en raison du caractère provisoire de ces décisions qui ne lient pas le juge du fond, la jurisprudence a fini par admettre qu'elle était recevable, même quand le tiers opposant dispose d'autres moyens pour paralyser l'exécution de la décision qui lui fait grief ⁽⁹⁾.

A ce propos on peut noter que, comme il est de droit, quand un plaideur veut former une tierce opposition à une ordonnance de référé, il doit la porter devant la juridiction qui a rendu la décision. Que faire quand l'ordonnance a été rendue sur procès-verbal ? Les huissiers soutiennent qu'il faut revenir devant le juge des référés sur procès verbaux. Très sage, la jurisprudence du tribunal de la Seine décide qu'il n'y a qu'un juge des référés : le président du tribunal. Comme en l'espèce il n'y a pas de procès verbal sur lequel on puisse requérir l'huissier de se transporter en référé, c'est devant le président statuant en audience de référés sur placet qu'il faut assigner.

(9) Paris 24 Juin 1929 D-31-2-15.

CONCLUSION

Cette étude de quelques-uns des points sur lesquels la pratique et la jurisprudence ont fait porter leurs efforts, peut montrer qu'il n'était pas inexact de parler de la transformation de la procédure sous leur influence. Car nous les avons vues modeler ces procédures de manière à leur donner une allure toute différente de celle qui pouvait avoir été prévue par leurs auteurs. Pour quelques échecs, ou pour quelques vues plus près de la lettre que de l'esprit, il semble que cette influence se soit exercée dans un sens tendant à l'administration d'une meilleure justice dans le plus grand nombre de cas possible.

En tout cas d'ordonnance de 1667, fille de la procédure pratique des Parlements et mère de la procédure actuelle, ne peut plus être considérée comme le recueil des règles appliquées aujourd'hui au Palais. Ce sont les contempteurs de notre organisation judiciaire et de notre procédure qui veulent le faire croire. Ils oublient alors de signaler le travail accompli par les rédacteurs du code de procédure civile, et par ceux qui, magistrats, avocats, avoués, ont contribué à aménager nos textes et à les compléter dans le sens que l'on sait.

C'est qu'en effet la procédure française est un tout vivant et que chacun s'efforce de faire profiter des ressources de son ingéniosité, et de son expérience. Elle représente un ensemble forgé lentement par de longues années de pratique suivant les besoins et les aspirations des groupes sociaux auxquels elle devait s'appliquer. Si l'on peut imaginer un code de procédure

il ne faut pas oublier que ce code devra être mis en œuvre par des hommes, et appliqué à des hommes, des individus ayant des réactions personnelles, des habitudes, des nécessités de vie que l'on ne peut perdre de vue. C'est pour cela qu'il est dangereux d'innover complètement en notre matière. Il est préférable de procéder par des voies tenant justement compte de ces nécessités, parce que c'est en fonction de celles-ci que ces règles devront exister.

Néanmoins le rôle de la pratique et de la jurisprudence ne peut être un rôle complet et définitif. Il lui manque la sanction que peut seule donner la loi. Il serait bon de voir le législateur mettre au point, coordonner ces différents efforts, de manière à leur donner cette force qu'est un texte. Nous avons d'ailleurs pu remarquer l'œuvre accomplie à ce sujet en 1907, à propos du cantonnement de la saisie arrêt.

C'est encore ce qui a été fait par le législateur le 12 janvier 1933 en décidant, suivant l'exemple donné par esprit de confraternité par les avoués d'un grand tribunal, qu'aucune nullité de procédure, sauf certaines nettement déterminées, n'était comminatoire. Il a encore affirmé ce principe en disant, le 30 octobre 1935 que les seules nullités qui pouvaient être opposées étaient celles de nature à créer un préjudice à la partie admise.

D'ailleurs le décret loi du 30 octobre 1935 donné comme la réforme du code de procédure civile ne contient pas de principes essentiels nouveaux, et en dehors d'une réglementation nouvelle de certains points, il ne fait état d'aucune théorie. C'est justement de ce chef que pèche le plus, par omission, notre code. Il n'a édifié aucune théorie des principes qu'il met en œuvre et celles que l'on peut trouver dans la jurisprudence auraient le plus grand intérêt à être réunies et condensées.

Si un jour ce travail est commencé et réalisé ce sera vraiment la réforme du code de procédure civile qui aura été entreprise, procédure sans laquelle le droit civil ne serait qu'une série de principes dépourvus de sanctions, c'est-à-dire d'existence réelle.

Vu et permis d'imprimer

Le Recteur de l'Académie de Paris,
CHARLETY

Vu:
Le Président,
R. MOREL.

Vu:
Le Doyen,
Edgar ALLIX.

BIBLIOGRAPHIE

- BALLOT-BEAUPRÉ, *Le centenaire du code civil*. 1904. (Discours).
- BARTHOLOMOT, *La réforme de la procédure civile*.
- BAUFLE, *La procédure monitoire ou injonctionnelle*. Thèse Dijon 1912.
- BENTHAM, *Principes de législation civile*.
- BILHARD, *Les référés*. 1832.
- BONCENNE, *Théorie de la procédure civile*. Paris, 5 volumes 1828.
- BORDEAUX, *Philosophie de la procédure civile*. Paris, 1857.
- BOURDONNAY, *Le président du tribunal civil*.
- CARLES, *L'évocation*. Caen, 1913.
- CARRÉ, *Traité et questions de procédure civile*.
- CURET, *La juridiction des référés*.
- DEBELLEYMÈ, *Ordonnances sur requêtes et ordonnances sur référés*. 1844-1855.
- DEPREZ, *La chambre des avoués*. Paris, 1914.
- A. ESMEIN, *La doctrine et la jurisprudence*. Revue trim. de droit civil, 1902.
- FOUCART, *Des procès verbaux de constat par huissiers*. Thèse Lille, 1911.
- GARSONNET, *Traité théorique en pratique de procédure*. Tome VII, *Référé*s.
- GENY, *Science et technique en droit positif*.
- GERARD, *Origine des référés*. Paris, 1886.
- *Les référés sur placets*.
- GIRARD, *Manuel élémentaire de droit Romain*.
- GLASSON, *Sources de la procédure civile*.
- *Sources de la procédure civile*.
- *Etude historique sur la clameur de haro*.
- *Réforme du code de procédure civile*.
- *Le Châtelet de Paris, et les abus de sa procédure au XIV-XVème siècle*.
- GLASSON, TISSIER, MOREL, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*.
- GUILHIERMOZ, *Persistance du caractère oral dans la procédure civile française*. Paris, 1889.

- JHERING (traduction Meulenaere), *L'évolution du droit*. 1901.
- JOLIBOIS, *La réforme des référés sur placet, et le projet*. Thèse, Paris, 1913.
- LA GRASSERIE, *Etude critique sur le projet de révision du code de procédure civile*. Paris, 1828.
- LANGLOIS, *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence*. Caen, 1897.
- LEBRUN, *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé*. Thèse, Caen, 1932.
- LEVY ULLMANN, *Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques. La définition du droit*. Paris, 1914.
- LOCRE, *Esprit du code de procédure civile*. 4 volumes
— *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*. Paris, 1827.
- MEYNIAL, *Rôle de la doctrine et de la jurisprudence dans l'unification du droit en France*. 1903.
- MOREL, *Traité de procédure civile*.
- MOURLON, *Répétitions écrites sur le code de procédure civile*. 1867.
- LOUDINET, *Compétence du juge des référés*. Paris, 1912.
- DE PAEPE, *De la compétence civile*.
- PERCEROU, *Nul en France ne plaide par procureur*. Dijon, 1898.
- PIGEAU, *Procédure civile du Châtelet de Paris*. Paris, 1787, 2 volumes.
— *Procédure civile des tribunaux de France*. Paris, 1835, 2 volumes.
- PINTA, *Les arbitres rapporteurs*. Paris, 1903.
- PONELLE, *Le référé en cours d'instance*. Thèse, Paris, 1934.
- RODIÈRE, *Cours de compétence et de procédure en matière civile*. Paris, 1878.
- ROYER-COLLARD, *Introduction aux lettres de Cooper sur la cour de Chancellerie, et sur quelques points de jurisprudence anglaise*. Paris, 1830.
- TANON, *L'ordre du procès civil*.
— *L'organisation du tribunal de la Seine*. Paris, 1867.
— *L'évolution du droit et la conscience sociale*. Paris, 1900.
- TARDE, *La transformation du droit*. Paris, 1895.
- TISSIER, *Le centenaire du code de procédure civile*. Paris, 1908.
- THIELLAND, *Des nullités*. Paris, 1905.
- TOULLIER, *Procédure civile*.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION 7

TITRE I

AU TRIBUNAL CIVIL

Section I — Le formalisme.

CHAPITRE I — L'instruction par écrit 26

CHAPITRE II — La liquidation des dommages intérêts, et des
fruits 29

CHAPITRE III — La jurisprudence plus formaliste que le code . 33

Section II — Les échecs.

CHAPITRE I — La tentative de conciliation 39

CHAPITRE II — Le commissaire 45

Section III — Les succès.

CHAPITRE I — Les référés 52

A) — généralités 52B) — la procédure 57C) — les conditions de son exercice 671 — l'urgence 68

2 — la décision provisoire et l'absence
de préjudice au principal ... 70

3 — le référé en cours d'instance 76

D) — quelques cas de création jurispruden-
tielle et de pratique 79

CHAPITRE II — Les voies de recours contre les ordonnances
sur requête 87

CHAPITRE III — La vie quotidienne du Tribunal 97

TITRE II

AU TRIBUNAL DE COMMERCE

CHAPITRE I — Les autorisations de saisie arrêt	107
CHAPITRE II — Le Délibéré	112
CHAPITRE III — Les arbitres rapporteurs	122
CHAPITRE IV — L'exécution des jugements contre les tiers et les Tribunaux de commerce	126

TITRE III

LA PRATIQUE, LA JURISPRUDENCE ET LES REGLES
DE FOND DE CERTAINS DROITS EN DE CERTAINES
PROCEDURES.

CHAPITRE I — L'action en justice	134
CHAPITRE II — La prorogation volontaire de juridiction	144
CHAPITRE III — Les demandes reconventionnelles	147
CHAPITRE IV — L'intervention	154
CHAPITRE V — La tierce opposition	165
CONCLUSION	169
BIBLIOGRAPHIE	173

